



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2003

---

## **Übertragung von Pensionskassenaufgaben an Dienstleistungsunternehmen (Outsourcing) - Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen**

Gächter, Thomas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich  
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-175422>  
Journal Article

Originally published at:  
Gächter, Thomas (2003). Übertragung von Pensionskassenaufgaben an Dienstleistungsunternehmen (Outsourcing) - Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen. Aktuelle Juristische Praxis (AJP):33-50.

# Übertragung von Pensionskassenaufgaben an Dienstleistungsunternehmen (Outsourcing)

33

## Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen



THOMAS GÄCHTER,  
PD Dr. iur., Zürich

### Inhaltsübersicht:

- I. Problemstellung und Begriffe
  1. Begriff des Outsourcings
  2. Bedürfnisse der Vorsorgeeinrichtungen
    - a. Verschiedene Bedürfnisse
    - b. Aktuelle Entwicklungen
  3. Eingrenzungen
    - a. Registrierte Vorsorgeeinrichtungen
    - b. Besondere Probleme bei Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen
  4. Vorgehen
- II. Rechtlicher Rahmen
  1. Weitgehende Organisationsautonomie
    - a. Historischer Hintergrund der offenen Regelung
    - b. Gesetzlich eingeräumte Organisationsautonomie
    - c. Rückwirkungen auf die Übertragung von Aufgaben
  2. Grundsatz: Führungsaufgabe des paritätischen Organs
    - a. Zweck der paritätischen Verwaltung (Art. 51 BVG)
    - b. Reichweite der paritätischen Verwaltung
    - c. Paritätische Verwaltung als Schranke des Outsourcings
    - d. Grundsätzliche Zulässigkeit der Aufgabendelegation
    - e. Massstäbe der Aufgabendelegation
      - aa. Stand der Diskussion
      - bb. Hilfsmassstäbe innerhalb des Berufsvorsorgerechts
      - cc. Hilfsmassstäbe ausserhalb des Berufsvorsorgerechts
      - dd. Keine allgemeinen Massstäbe
    - f. Parität in der Praxis
  3. Vermögensverwaltung
    - a. Führungsaufgaben des paritätischen Organs (Art. 49a BVV 2)
    - b. Anlagerichtlinien/Anlagereglement
    - c. Ausübung des Aktionärsstimmrechts (Art. 49a Abs. 2 BVV 2)
    - d. Realität der paritätischen Vermögensverwaltung
  4. Verkehr mit Arbeitgebern, Arbeitnehmern und Destinatären
    - a. Problemstellung
    - b. Bedeutung gesetzlich übertragener Aufgaben
    - c. Reglementarische Bestimmungen
    - d. Einzelne Aufgaben
      - aa. Beitragsbezug
      - bb. Berechnung und Auszahlung von Leistungen
      - cc. Versichertenkonten/BVG-Alterskonten
      - dd. Weitere Aufgaben
    - e. Fazit
  5. Kontrolle

6. Aufsicht
7. Schweigepflicht und Datenschutz
  - a. Einleitung
  - b. Schweigepflicht
  - c. Datenschutz
8. Fazit: unübertragbare Aufgaben einer Personalvorsorgeeinrichtung
- III. Rechtliche Ausgestaltung der Aufgabenübernahme
  1. Mögliche Problemfelder
    - a. Grundsätzlich freie Gestaltung der Aufgabenübertragung
    - b. Abgrenzung zwischen übertragbaren und nicht-übertragbaren Aufgaben
    - c. Informationsfluss
  2. Grundlagen des Outsourcings
    - a. Reglement
    - b. Verträge
- IV. Verantwortlichkeit (Haftung) bei der Aufgabenübertragung
  1. Grundlagen und Formen der Haftung
  2. Verantwortlichkeit der delegierenden Organe
  3. Interne Haftung der Übernehmer
- V. Exkurs: private oder staatliche Trägerschaft der externen Dienstleister
  1. Problemstellung
  2. Wirtschaftsverfassungsrechtliche Einbettung
  3. Grenzen der staatlichen Aufgabenübernahme
    - a. Grenzen der Übernahme durch kantonale Ausgleichskassen
    - b. Übernahme durch andere staatliche Träger
- VI. Zusammenfassung und Ausblick
  1. Genügt der geltende rechtliche Rahmen?
  2. Denkbare Verbesserungen (Ausblick)

## I. Problemstellung und Begriffe

### 1. Begriff des Outsourcings

Unter "Outsourcing" wird nach der gängigen ökonomischen Terminologie die Verlagerung von Wertschöpfungsaktivitäten eines Unternehmens auf Zulieferer verstanden. Durch die Inanspruchnahme qualifizierter, spezialisierter Vorliefe-

Erweiterte Fassung der Referate vom 28.5.2002 (Zürich) und 7.6.2002 (Bern), die im Rahmen von Veranstaltungen der "Innovation Zweite Säule" gehalten wurden. Die Hauptergebnisse der beiden Veranstaltungen werden in den kommenden Monaten von der "Innovation Zweite Säule" in einem Leitfaden für das Outsourcing von Pensionskassenaufgaben zusammengefasst. Nähere Angaben finden sich unter <http://www.izs.ch>.

Ich danke Frau lic. iur. PETRA KLAUS für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

ranten für Komponenten und Dienstleistungen werden dabei die Produktions-, Entwicklungs-, aber auch Dienstleistungsgemeinkosten des Unternehmens häufig reduziert. Durch das Outsourcing von Aktivitäten wird eine Verbesserung der Unternehmensleistung und/oder die Senkung der eigenen Kosten angestrebt.<sup>1</sup>

## 2. Bedürfnisse der Vorsorgeeinrichtungen

### a. Verschiedene Bedürfnisse

Vor dem Hintergrund der genannten Begriffsumschreibung lassen sich nun die verschiedenen Bedürfnisse formulieren, die der Auslagerung von Pensionskassenaufgaben zu Grunde liegen. Diese Bedürfnisse hängen einerseits mit der *Verbesserung der Qualität der Dienstleistungen*, anderseits mit der *Senkung der Kosten* zusammen:

- Ein erstes und vordringliches Bedürfnis – das auch bereits vom vorsorgerechtlichen Normgeber erkannt worden ist<sup>2</sup> – besteht in der Professionalisierung der Vermögensanlage einer Vorsorgeeinrichtung. Gerade bei kleineren oder mittleren Vorsorgeeinrichtungen fehlt es nicht selten am nötigen Fachwissen für eine professionelle und letztlich auch gewinnbringende Vermögensbewirtschaftung.<sup>3</sup>
- Bei kleineren und kleinsten Einrichtungen der beruflichen Vorsorge kommen – über das fehlende Fachwissen in der Vermögensanlage hinaus – oftmals auch die fehlenden Kenntnisse bezüglich der korrekten und reibungslosen Ausübung weiterer Pensionskassenaufgaben dazu (Beitragsbezug, Behandlung von Versicherungsfällen, Leistungserbringung etc.).<sup>4</sup> Eine Auslagerung dieser Aufgaben an professionelle Dienstleistungsanbieter oder grosse Pensionskassen, welche die entsprechenden Dienstleistungen anbieten,<sup>5</sup> verspricht und bewirkt in diesen Fällen häufig eine Steigerung der Professionalität.<sup>6</sup>
- Mit der letztgenannten Auslagerung von Aufgaben hängt teilweise auch ein Kostenargument zusammen: Ist eine Vorsorgeeinrichtung selbst zu klein, um Fachpersonal für die adäquate Bewältigung der Aufgaben zu beschäftigen, und stellen auch die der Einrichtung angeschlossenen Arbeitgeber das entsprechende Personal nicht zur Verfügung,<sup>7</sup> so kann die Auslagerung von Pensionskassenaufgaben auch eine Senkung der Kosten bewirken.<sup>8</sup>
- Je nach Angebot der Dienstleister kann sich selbst für mittlere und grössere Vorsorgeeinrichtungen die Auslagerung möglichst vieler Aufgaben anbieten, wenn dadurch die Aufgaben besser und kostengünstiger erfüllt werden.
- Schliesslich stellen auch einzelne Berufsverbände, die über eine eigene Ausgleichskasse verfügen, ein attraktives Angebot von Dienstleistungen zur Verfügung, das die angeschlossenen Arbeitgeber bezüglich des Verkehrs mit Versicherten und mit Versicherungsträgern administrativ weitgehend entlastet.<sup>9</sup> Bietet der entsprechende Verband nicht gleich selbst eine (Sammel- oder Gemeinschafts)-Einrichtung der beruflichen Vorsorge an, dann würde die Übernahme von Pensionskassenaufgaben für die Pensionskassen der angeschlossenen Arbeitgeber das Dienstleistungsangebot abrunden.

### b. Aktuelle Entwicklungen

Wenn in grundsätzlicher Weise Sinn und Möglichkeiten des Outsourcings von Pensionskassenaufgaben betrachtet werden, sind einige Entwicklungen zu berücksichtigen, die Rückwirkungen auf diesen Fragenkomplex haben können:

- *Flexibilisierte Anlagevorschriften*: Die per 1. Juli 1996 und 1. April 2000 in Kraft getretenen neuen Anlagevorschriften<sup>10</sup> ermöglichen es den Pensionskassen, das Vermögen flexibler als bisher anzulegen. Die Vermögensanlage gestaltet sich dadurch bedeutend anspruchsvoller und erfordert noch mehr als früher die Fachkompetenz von Anlagespezialisten.
- *Ausübung von Aktionärsstimmrechten*: Die neuen Regeln betreffend die Wahrnehmung der Aktionärsstimmrechte (Art. 49a Abs. 2 BVV 2) werfen die Frage auf, inwiefern die Entscheidung bezüglich der Ausübung des Stimmrechts ausgelagert werden kann.<sup>11</sup>
- *Senkung des Koordinationsabzugs*: Die zur Zeit im Parlament kontrovers diskutierte Senkung des Koordinationsabzugs öffnet – sofern sie Gesetz wird – einen weiteren Problembereich: die Zahl der in der beruflichen Vorsorge Versicherten wird sich erhöhen, was zu einem administrativen Mehraufwand bei den Vorsorgeeinrichtungen führt. Gerade bei Einkommen, die unter dem heute geltenden Koordinationsabzug liegen, stehen in diesen Fällen die Administrationskosten in einem ungünstigen Verhältnis zum versicherten Einkommen. Professionalisierte und rationalisierte externe Dienstleistungsangebote können in diesen Fällen die Kosten allenfalls senken.

1 Bereits das Wirtschaftslexikon merkt indes kritisch an, dass im Rahmen des Outsourcings Schlüsselkompetenzen einer Unternehmung nicht aufgegeben werden dürfen, weil dadurch eine unerwünschte Abhängigkeit vom Vorlieferanten entstehen könnte (vgl. GABLER Wirtschafts-Lexikon, 14. A., Wiesbaden 1997, 2914).

2 Siehe hinten, Ziff. II. 2. d.

3 Vgl. MARTIN TH. MARIA EISENRING, Die Verantwortlichkeit für Vermögensanlagen von Vorsorgeeinrichtungen, Zürich 1999, 108 ff.

4 Siehe beispielhaft zu den Bedürfnissen der KMU die zusammengefassten Voten des Unternehmers RUEDI NOSER (NZZ vom 31.5.2002, 29).

5 Siehe etwa CARL HELBLING, Personalvorsorge und BVG, 7. A., Bern/Stuttgart/Wien 2000, 132.

6 M. TH. M. EISENRING (FN 3), 108 ff.

7 Vgl. THOMAS LÜTHY, Das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Personalvorsorgestiftung, insbesondere der Anschlussvertrag mit einer Sammel- oder Gemeinschaftsstiftung, Zürich 1989, 49 ff.

8 Vgl. M. TH. M. EISENRING (FN 3), 109.

9 Siehe zu Grenzen und Möglichkeiten einer solchen Entlastung ULRICH MEYER-BLASER/THOMAS GÄCHTER, Das Lohngut-schriftsverfahren – eine Lösung für die Schweiz? Rahmenbedingungen des geltenden Rechts und nötige Normanpassungen, Die Volkswirtschaft 9/2000, 66–69.

10 Siehe hinten FN 66.

11 Hinten Ziff. II. 3. c.

### 3. Eingrenzungen

#### a. Registrierte Vorsorgeeinrichtungen

Registrierte Vorsorgeeinrichtungen sind restriktiveren und spezielleren Normen unterworfen als die Vorsorgeeinrichtungen, welche nicht registriert sind.<sup>12</sup> Aufgrund der bedeutend grösseren praktischen Relevanz, vor allem aber auch aufgrund der spezieller gearteten Probleme, beschränkt sich dieser Beitrag auf die Behandlung der registrierten Vorsorgeeinrichtungen.

#### b. Besondere Probleme bei Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen

Bereits heute ist die Mehrzahl der Versicherten einer Sammel- oder Gemeinschaftseinrichtung angeschlossen.<sup>13</sup> Das Berufsvorsorgerecht selbst enthält jedoch kaum Normen, die den Besonderheiten dieser Vorsorgeträger Beachtung schenken. Häufig wird denn auch nicht ganz deutlich, ob diese Vorsorgeträger den organisatorischen Grundentscheidungen des BVG tatsächlich vollumfänglich entsprechen.<sup>14</sup> Diese Probleme sind erkannt worden und bilden Gegenstand politischer Vorstösse.<sup>15</sup> Ihre Erörterung würde den vorliegenden Rahmen jedoch sprengen. Zudem stellt sich das Problem des Outsourcings von Pensionskassenaufgaben für diese Einrichtungen praktisch in weit geringerem Mass, da sie in der Regel grösser und fachlich spezialisierter sind als die "klassischen", an einen einzelnen Betrieb gebundenen Vorsorgeeinrichtungen. Die nachfolgenden Ausführungen lassen sich zwar sinngemäss auch auf die Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen übertragen. Im Zentrum der Betrachtung stehen jedoch die selbständigen Vorsorgeeinrichtungen, auf welche die Normen des Berufsvorsorgerechts zugeschnitten sind.

### 4. Vorgehen

Die Bedürfnisse der Praxis, verschiedene ihrer Aufgaben durch "Outsourcing" zu erfüllen, werden in diesem Beitrag vor dem Hintergrund der rechtlichen Schranken und Möglichkeiten betrachtet.

Zu diesem Zweck wird zunächst ein Blick auf die äusseren Schranken der Gestaltungsfreiheit geworfen, die das Recht bei der Erfüllung der Aufgaben der Pensionskassen aufstellt. Daraus ergibt sich gewissermassen das Korsett, in welches sich jede Form der Aufgabenauslagerung zu zwängen hat (Ziff. II). Die zu beachtenden Grenzen ergeben sich einerseits direkt aus dem Recht der beruflichen Vorsorge, andererseits aus dem Stiftungsrecht und dem allgemeinen Verwaltungsrecht; bezüglich einzelner Fragen gar aus dem Verfassungsrecht.

Nachdem dieser Rahmen abgesteckt ist, wird in einem nächsten Schritt untersucht, mit welchen juristischen Mitteln der vorhandene Gestaltungsspielraum am besten genutzt werden kann. Dabei ist auch darauf einzugehen, in welcher Weise einzelne Aufgaben der Pensionskassen am besten ausgelagert werden können (Ziff. III).

Wenn Aufgaben von Vorsorgeeinrichtungen übertragen werden, so stellt sich auch die Frage nach der Auswirkung auf die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit (Ziff. IV).

Im Sinne eines Exkurses ist weiter die Frage zu stellen, ob private oder staatliche Träger die zu übertragenden Aufgaben übernehmen sollten. Oder anders gewendet: In welchem Umfang erscheint der Staat aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Perspektive berechtigt, die Aufgaben in Konkurrenz zu privaten Anbietern zu übernehmen (Ziff. V)?

In einem abschliessenden Überblick ist nochmals der aktuelle Gestaltungsspielraum bezüglich der Aufgabenübertragung aufzuzeigen. De lege ferenda kann dabei auch erörtert werden, ob und wie das Outsourcing von Pensionskassenaufgaben allenfalls mit legislatorischen Massnahmen unterstützt werden könnte (Ziff. VI).

## II. Rechtlicher Rahmen

### 1. Weitgehende Organisationsautonomie

#### a. Historischer Hintergrund der offenen Regelung<sup>16</sup>

Als das BVG geschaffen wurde, existierten in der Schweiz schon über 18000 Vorsorgeeinrichtungen. Mehr als 80 % aller Arbeitnehmenden hatten an der Personalvorsorge bereits teil. Die Grundstimmung in der parlamentarischen Beratung ging dahin, das bisher auf dem Gebiet der beruflichen Vorsorge Erreichte zu erhalten und im Rahmen des Obligatoriums auszubauen und zu festigen. Es war somit das erklärte Ziel des Gesetzgebers, den bestehenden Vorsorgeeinrichtungen ein organisatorisches Hineinwachsen in das neue BVG-System zu ermöglichen. Die *Integrationsidee*<sup>17</sup> kann deshalb als ein organisatorisches Grundprinzip der beruflichen Vorsorge bezeichnet werden.

#### b. Gesetzlich eingeräumte Organisationsautonomie

Eine wesentliche Konsequenz der Integrationsidee ist die im Vergleich zu anderen Sozialversicherungsträgern recht

12 Art. 48 ff. BVG, namentlich der paritätischen Verwaltung (Art. 51 BVG), der Verantwortlichkeit (Art. 52 BVG) und der Kontrolle (Art. 53 BVG).

13 Vgl. C. HELBLING (FN 5), 88 ff.; Bericht der nationalrätlichen Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 21./22. Februar 2002 (zitiert: Bericht SGK-N), 28.

14 Vgl. hinten Ziff. II. 2. e.

15 Dazu beispielsweise hinten FN 50.

16 Zum Ganzen JÜRGEN BRÜHWILER, Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz, Bern 1989, 322 ff.; ROMOLO MOLO, Aspects des fondations collectives et communes dans la prévoyance professionnelle suisse, Zürich 2000, 41 ff.

17 D.h. die Idee der Integration bereits bestehender Einrichtungen in das BVG-System.



weitgehende Organisationsautonomie, über welche die Vorsorgeeinrichtungen verfügen (Art. 49 Abs. 1 BVG). Vorgeschrieben sind in erster Linie die möglichen Rechtsformen der registrierten Vorsorgeeinrichtungen (Stiftung, Genossenschaft, Einrichtung des öffentlichen Rechts),<sup>18</sup> die Bestimmung einer Kontrollstelle,<sup>19</sup> der Beizug eines anerkannten Experten für berufliche Vorsorge für bestimmte Überprüfungen<sup>20</sup> sowie der Grundsatz der paritätischen Verwaltung.<sup>21</sup> Die einschneidendste Bedeutung kommt dabei der paritätischen Verwaltung zu, die im Folgenden separat behandelt wird.

### c. Rückwirkungen auf die Übertragung von Aufgaben

Die Organisationsautonomie wirkt freilich auch auf die Übertragung von Aufgaben der Vorsorgeeinrichtungen zurück: Diese ist im Rahmen der recht locker gesteckten gesetzlichen Leitplanken weitgehend zulässig. Es ist erkennbar, dass bereits bei der Einführung des BVG-Systems an die Möglichkeit der Aufgabenübertragung gedacht wurde.<sup>22</sup>

Im Folgenden sind die wenigen im Berufsvorsorgerecht enthaltenen Schranken der Aufgabenübertragung aufzuzeigen. Einerseits ist die Aufgabenübertragung auf ihre Vereinbarkeit mit dem das ganze BVG-System beherrschenden Grundsatz der paritätischen Verwaltung zu überprüfen (nachfolgend Ziff. II. 2), andererseits ist auch in einzelnen Aufgabenbereichen der Vorsorgeeinrichtungen nach spezifischen Übertragungsschranken zu fragen (nachfolgend Ziff. II, 3–7).

## 2. Grundsatz: Führungsaufgabe des paritätischen Organs

### a. Zweck der paritätischen Verwaltung (Art. 51 BVG)

Die Einführung der beitragsunabhängigen<sup>23</sup> paritätischen Verwaltung der Vorsorgeeinrichtungen stellte aus juristischer Sicht eine wesentliche Neuerung gegenüber dem bis zum Inkrafttreten des BVG geltenden Rechtszustand dar.<sup>24</sup> "Grundgedanke von Art. 51 BVG ist die Einführung einer *beitragsunabhängigen und vollen paritätischen, d.h. effektiv gleichberechtigten Mitbestimmung der Arbeitnehmervertreter in den privatrechtlichen Personalvorsorgestiftungen*, also die Statuierung einer *echten Sozialpartnerschaft* auf dem Gebiete der beruflichen Vorsorge der Privatwirtschaft. Das muss für die Anwendung von Art. 51 BVG (Auslegung dieser Bestimmung; Abfassung, Auslegung und Füllung allfälliger Lücken des darauf beruhenden Reglements) wegleitend sein."<sup>25</sup>

Die paritätische Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung bildet ein organisatorisches Grundprinzip der registrierten Vorsorgeeinrichtungen.<sup>26</sup> Der Arbeitnehmerseite wird nach herrschender Ansicht ein Mitentscheidungsrecht eingeräumt, das nicht auf ein Anhörungsrecht reduziert werden darf.<sup>27</sup> Dieses Mitbestimmungsrecht darf auch nicht dadurch ausgehebelt werden, dass dem paritätischen Organ ein anderes

Organ bezüglich der Entscheidungskompetenzen übergeordnet wird.<sup>28</sup> "Parität muss somit dort gegeben sein, wo die letzten Entscheidungen über massgebliche Fragen gefällt werden."<sup>29</sup>

Bringt man die mit der paritätischen Verwaltung der Vorsorgeeinrichtungen verfolgten Ziele mit der eingangs gegebenen Definition des Outsourcings in Verbindung, dann enthält Art. 51 BVG eine zwingende Grenze, Schlüsselkompetenzen der Führung der Vorsorgeeinrichtung aus den Händen zu geben,<sup>30</sup> d.h. an Stellen ausserhalb der Vorsorgeeinrichtung zu delegieren und damit den zwingend zu beachtenden Grundsatz der paritätischen Verwaltung zu untergraben.

### b. Reichweite der paritätischen Verwaltung

Unter "Verwaltung" im Sinne von Art. 51 Abs. 1 BVG sind jene Organe (oder jenes Organ) zu verstehen, welchen bei der betreffenden Vorsorgeeinrichtung die letzte Entscheidung über ihre massgeblichen Fragen (Reglementserlass und -änderung, Finanzierung, Vermögensverwaltung) zukommt.<sup>31</sup> Im Hinblick auf die Organisationsautonomie der Vorsorgeeinrichtungen ist "Verwaltung" jedoch auch funktionell, im Sinne der obersten leitenden Tätigkeit der Vorsorgeeinrichtung zu verstehen.<sup>32</sup> Daraus folgt gleichzeitig, dass es sich bei den Mitentscheidungsrechten der Arbeitnehmerseite um *inhaltsbestimmende Rechte* der betrieblichen Entscheidertätigkeit der Vorsorgeeinrichtung handelt,<sup>33</sup> denen nicht durch den Einsitz in faktisch allenfalls bedeutungslose paritätische Organe genügt werden kann.

18 Art. 48 Abs. 2 BVG.

19 Art. 53 Abs. 1 BVG.

20 Art. 53 Abs. 2 BVG.

21 Art. 51 BVG.

22 Siehe hinten Ziff. II. 2 d.

23 Im Gegensatz dazu Art. 89<sup>bis</sup> Abs. 3 ZGB, wo festgelegt ist, dass Arbeitnehmer nach Massgabe ihrer eigenen Beiträge an der Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung zu beteiligen sind.

24 J. BRÜHWILER (FN 16), 328 ff.; HANS MICHAEL RIEMER, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, Bern 1985, 63.

25 H. M. RIEMER (FN 24), 64 (Hervorhebungen im Original).

26 J. BRÜHWILER (FN 16), 331, 346 ff.; JÜRGEN BRÜHWILER/HERMANN WALSER, Obligatorische berufliche Vorsorge/Weitergehende berufliche Vorsorge, in H. KOLLER/G. MÜLLER/R. RHINOW/U. ZIMMERLI (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit (Koordination und Verantwortung ULRICH MEYER-BLASER), Basel/Genf/München 1998, Rz. 28.

27 J. BRÜHWILER (FN 16), 369 ff.; H. M. RIEMER (FN 24), 65.

28 J. BRÜHWILER (FN 16), 370 f.; H. M. RIEMER (FN 24), 65.

29 HANS-ULRICH STAUFFER, Die paritätische Verwaltung – Eine Auslegung, SPV 3/1998, 189.

30 Vgl. FN 1.

31 H. M. RIEMER (FN 24), 65, mit Hinweis auf BBl 1976 I 203.

32 J. BRÜHWILER (FN 16), 377; M. TH. M. EISENRING (FN 3), 22 f., mit Hinweisen.

33 J. BRÜHWILER (FN 16), 379.

### c. Paritätische Verwaltung als Schranke des Outsourcings

Die volle Parität gemäss Art. 51 BVG wurde zum Schutz der Arbeitnehmenden eingeführt und kann nach herrschender Ansicht nicht zu deren Ungunsten verändert werden.<sup>34</sup> Die Mitentscheidungsrechte im Rahmen der paritätischen Verwaltung sind für die Arbeitnehmer grundsätzlich unverzichtbar.<sup>35</sup> Auch die in zunehmendem Mass postulierte Beteiligung der Rentner an der Verwaltung der Vorsorgeeinrichtungen<sup>36</sup> darf – wenn sie reglementarisch vorgesehen ist – nicht zu Lasten des Mitbestimmungsrechts der Arbeitnehmenden gehen.<sup>37</sup>

Vor diesem Hintergrund ist auch das weitgehende Schweigen des BVG zur Frage zu deuten – d.h. mit systemgerechtem Inhalt zu konkretisieren –, ob und inwiefern die Verwaltungstätigkeit an nicht-paritätische Organe innerhalb oder ausserhalb der Vorsorgeeinrichtung delegiert werden kann. *Eine solche Delegation erscheint nur dann als zulässig, wenn dadurch der Grundsatz der Parität nicht unterwandert wird.*

### d. Grundsätzliche Zulässigkeit der Aufgaben-delegation

Bereits das Berufsvorsorgerecht selbst rechnet mit der Möglichkeit, dass die Vorsorgeeinrichtungen ihre Aufgaben ganz oder teilweise einem Dritten übertragen, umschreibt doch Art. 35 Abs. 4 BVV 2 die Aufgabe der Kontrollstelle wie folgt:

"Überträgt die Vorsorgeeinrichtung die Geschäftsführung oder die Verwaltung ganz oder teilweise einem Dritten, so ist auch die Tätigkeit dieses Dritten ordnungsgemäss zu prüfen."

Im Hinblick auf diese Bestimmung sowie auf die weitgehende Organisationsautonomie der Vorsorgeeinrichtungen ist die grundsätzliche Zulässigkeit der Aufgabenübertragung zu bejahen.<sup>38</sup> Vorerst noch nicht geklärt ist damit, *welche Aufgaben in welchem Umfang* – d.h. mit welchem Grad an selbständiger Entscheidungsbefugnis – einer internen oder externen (nicht-paritätischen) Stelle übertragen werden können.

Die grundsätzliche Zulässigkeit der Aufgabenübertragung ist namentlich mit der zwingend vorgeschriebenen Parität der Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung in Übereinstimmung zu bringen, da die Übertragung der Aufgaben in aller Regel auf ein nicht-paritätisches Organ erfolgt.

### e. Massstäbe der Aufgabendelegation

#### aa. Stand der Diskussion

In der einschlägigen Literatur lässt sich keine vollständige Einigkeit darüber feststellen, ob und in welchem Umfang die paritätische Verwaltungstätigkeit im Sinne von Art. 51 BVG delegiert werden kann. Während etwa RIEMER davon auszugehen scheint, dass die Delegation von Verwaltungsaufgaben – namentlich der Vermögensverwaltung im Sinne von Art. 51 Abs. 2 lit. c BVG – grundsätzlich zulässig ist, sofern die Tätigkeit weiterhin kontrolliert werden kann (und

kontrolliert wird) und die Vertretungsbefugnis jederzeit widerrufen werden kann,<sup>39</sup> differenziert BRÜHWILER nach Verwaltungstätigkeit im engeren Sinn (zentrale, wichtige Verwaltungsbefugnisse) und Geschäftsführung (selbständige Erledigung der laufenden Geschäfte und Vorbereitung und Durchführung der im Rahmen der Verwaltung im engeren Sinn zu treffenden Entscheidungen), wobei die erstere Funktion im Gegensatz zur letzteren durch das paritätische Organ nicht delegiert werden könne; dies deshalb, weil die Verwaltung im engeren Sinn dem paritätischen Organ von Gesetzes wegen zustehe (Art. 51 BVG).<sup>40</sup> Anders entscheiden hiesse nach der Ansicht BRÜHWILERS, die Mitentscheidungsrechte der Arbeitnehmer illusorisch werden zu lassen. "Die durch die Mitentscheidungsrechte der Arbeitnehmer verfasste zentrale Ordnung der Vorsorgeeinrichtung könnte sich auflösen in eine Vielzahl von Einzelkompetenzen nicht paritätischer Unterorgane oder Dritter, die dann vielleicht mehr oder weniger vom Arbeitgeber dominiert wären."<sup>41</sup>

Lässt sich der Widerspruch zwischen den beiden angeführten Meinungen auflösen oder besteht er eher auf einer begrifflichen als einer inhaltlichen Ebene? Einigkeit lässt sich auf jeden Fall soweit feststellen, als die Geschäftsführung, d.h. die Erledigung des "Tagesgeschäfts" der Vorsorgeeinrichtungen, auf ein nicht-paritätisches Organ übertragen werden kann, sofern diese Übertragung *jederzeit wider-rufbar* ist.

Bezüglich der Verwaltung im engeren Sinn, also den vom BVG der paritätischen Verwaltung überantworteten Kernaufgaben, scheint sich indes ein Widerspruch der Lehrmeinungen abzuzeichnen. BRÜHWILER schliesst die Übertragung dieser Aufgaben aus, während sie RIEMER unter den Vorbehalt der theoretischen und faktischen Kontrollmöglichkeit durch das paritätische Organ stellt. Materiell ist der Unterschied zwischen den beiden Ansichten jedoch

34 C. HELBLING (FN 5), 125; H. M. RIEMER (FN 24), 71. Mit Bezug auf die Mitbestimmung ist jeweils dann davon auszugehen, dass eine Regelung zu Ungunsten der Arbeitnehmer ausgestaltet ist, wenn das paritätische Mitentscheidungsrecht geschmälert wird. Vgl. auch zur Parität als Minimalvorschrift zugunsten der Arbeitnehmenden Ziff. 3.1. der Mitteilung der Konferenz der kantonalen BVG-Aufsichtsbehörden (wiedergegeben in Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 48, 1999, Ziff. 280, sowie in C. HELBLING [FN 5], 126 ff.).

35 J. BRÜHWILER/H. WALSER (FN 26), Rz. 26.

36 Vgl. H.-U. STAUFFER (FN 29), 191 f.

37 Vgl. Bericht SGK-N (FN 13), 29.

38 Vorne Ziff. II. 1 b und c; vgl. auch Th. LÜTHY (FN 7), 49 ff., mit weiteren Hinweisen.

39 H. M. RIEMER (FN 24), 65; aus dem letzteren Argument leitet H. M. RIEMER (a.a.O.) denn auch ab, dass die Delegation höchstens im Reglement der Vorsorgeeinrichtung, nicht aber in der Stiftungsurkunde, enthalten sein dürfe, da ansonsten ein Widerruf nicht möglich wäre. Für die Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs auch J. BRÜHWILER (FN 16), 381.

40 J. BRÜHWILER (FN 16), 379 f.

41 J. BRÜHWILER (FN 16), 380.

gering. Fasst man die von BRÜHWILER als unübertragbar bezeichneten Verwaltungsaufgaben so eng auf, wie er dies tut, dann bleibt an unübertragbaren Aufgaben nicht mehr als die strategische Führung beim paritätischen Organ. Genau diesen Gedanken scheint indes auch RIEMER zum Ausdruck zu bringen, wenn er die faktische Kontrolle der (delegierten) Geschäftsführung durch das paritätische Organ verlangt. Am Ende bleibt bei beiden Ansichten die Frage nach dem *Mass der Übertragbarkeit* von Aufgaben an nicht-paritätische Organe bestehen. Woher nun sollen die entsprechenden Massstäbe abgeleitet werden?<sup>42</sup>

#### bb. Hilfsmassstäbe innerhalb des Berufsvorsorgerechts

Innerhalb des Berufsvorsorgerechts lassen sich Vergleichsmassstäbe finden, die jedoch nicht unbesehen herangezogen werden dürfen. So hat nämlich bereits der Gesetzgeber vorausgesehen, dass sich die Parität nicht bei allen Organisationsformen von Vorsorgeeinrichtungen in gleicher Weise umsetzen lässt, namentlich bei *Verbandseinrichtungen und Sammelstiftungen*.<sup>43</sup> Bei Sammelstiftungen wird die Parität in der Regel nicht auf der Ebene des Stiftungsrates gewährleistet, sondern lediglich auf der Ebene der (betrieblichen) Personalvorsorgekommissionen.<sup>44</sup> Bei Gemeinschaftsstiftungen wiederum wird die Parität zwar in der Regel auf der obersten Verwaltungsebene umgesetzt, doch sind kaum je alle angeschlossenen Betriebe durch Arbeitnehmer vertreten.<sup>45</sup>

Auch bei Sammel- und Gemeinschaftsstiftungen ist indes die Parität in materieller Hinsicht (Mitbestimmung im gesamten Tätigkeitsgebiet der Vorsorgeeinrichtung) zu verwirklichen.<sup>46</sup> In der Praxis ist diese Mitbestimmungsmöglichkeit jedoch häufig nicht gewährleistet.<sup>47</sup> Der Einfluss der angeschlossenen Arbeitgeber, der Arbeitnehmervertreter oder der betrieblichen Vorsorgekommissionen auf die Geschäftsführung der Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen darf nicht überschätzt werden.<sup>48</sup> *Die Übernahme der Massstäbe der Aufgabendelegation an die Geschäftsleitung einer Sammeleinrichtung drängt sich deshalb nicht auf, weil der Paritätsgedanke nicht genügend durchschlägt.*<sup>49</sup> Die bisherige Praxis stellt wohl den äussersten Rand – und häufig bereits eine Grenzüberschreitung – des rechtlich Zulässigen dar.<sup>50</sup>

#### cc. Hilfsmassstäbe ausserhalb des Berufsvorsorgerechts

Ausserhalb des Berufsvorsorgerechts liessen sich verschiedenartige Hilfsmassstäbe finden, die im einen oder anderen Punkt Aufschluss bringen könnten. Einerseits wäre ein Blick auf das *Aktienrecht* und dort auf die *Kompetenzen der Generalversammlung* als oberstes Organ der Gesellschaft zu werfen. Es könnte darauf abgestellt werden, welche Aufgaben zwingend von der Generalversammlung wahrgenommen werden müssen.<sup>51</sup> Andererseits könnte man – noch weiter gehend – im *Staatsrecht* die zwingend dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber vorbehaltenen Entscheide (d.h. die dem *Gesetzesvorbehalt* unterstehenden Fragen) als Wer-

tungsmassstab heranziehen. Die von Rechtsprechung und Lehre entwickelten "Wichtigkeitskriterien" (Zahl der Betroffenen, Intensität der Betroffenheit, Umstrittenheit der Lösung etc.)<sup>52</sup> könnten in einigen Aspekten mit Gewinn beigezogen werden. Beide Massstäbe wären jedoch verhältnismässig weit hergeholt und brächten auch einen etwas anders gelagerten Gedanken zum Ausdruck: Sie schützen in erster Linie eine "demokratische" Entscheidungsfreiheit (finanziell begründete Aktionärsdemokratie oder in den politischen Rechten begründete Bürgerdemokratie). Die Parität in der beruflichen Vorsorge dient indes einem etwas anders gelagerten Gedanken, nämlich dem der *sozialpartnerschaftlichen Mitbestimmung*.<sup>53</sup> Insofern sind auch die beiden genannten Massstäbe nur mit Vorsicht heranzuziehen.

#### dd. Keine allgemeinen Massstäbe

Allgemeingültige und einigermaßen konkrete Massstäbe, welche die organisatorischen Grundentscheide des Berufsvorsorgerechts korrekt widerspiegeln, lassen sich also bislang noch nicht finden. Wie weit oder wie tief die Führungsaufgabe der paritätischen Verwaltung geht, muss demnach für die einzelnen Aufgabenbereiche gesondert geprüft werden (nachfolgend Ziff. 3 und 4).

42 Vgl. zur weiteren Unterscheidung der Aufgabendelegation mit Genehmigungsvorbehalt, die indes im Bereich der Kernkompetenzen der paritätischen Verwaltung nicht zulässig sein soll, M. TH. M. EISENRING (FN 3), 108.

43 Vgl. Art. 51 Abs. 3 BVG; BB1 1976 I 203.

44 DANIEL DÜRR, Führungspflichten von Vorsorgewerken, SPV 4/2002, 301 ff.

45 Siehe zum Ganzen die Ausführungen der Konferenz der kantonalen BVG-Aufsichtsbehörden zur paritätischen Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung in den Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 48, 1999, Ziff. 280, 3.4 und 4; ebenfalls wiedergegeben in C. HELBLING (FN 5), 126 ff.; siehe auch die Darstellung der verschiedenen Trägerformen bei R. MOLO (FN 16), 106 ff.

46 H.-U. STAUFFER (FN 29), 193, mit Hinweis auf einen brisanten älteren Entscheid der Beschwerdekommission der beruflichen Alters-, Hinterlassenen-, und Invalidenvorsorge (SPV 1991, 131).

47 Skeptisch auch R. MOLO (FN 16), 112 ff., mit weiteren Hinweisen.

48 Bericht SGK-N (FN 13), 28 ff.

49 H.-U. STAUFFER (FN 29), 193 f.; Bericht SGK-N (FN 13), 28; vgl. auch die Darstellung in Ziff. 4 der in FN 45 zitierten Mitteilung.

50 Unter anderem aus diesem Grund hat die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit in ihrer Motion vom 22.2.2002 (02.3007) verlangt, dass für die Sammelstiftungen, die rechtlich nur ungenügend geregelt sind, eine angepasste neue Regelung getroffen wird. Vgl. auch Bericht SGK-N (FN 13), 39 f.

51 Vgl. Art. 698 OR.

52 Grundlegend dazu GEORG MÜLLER, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Basel/Stuttgart 1979, 110 ff.

53 Deutlich in diese Richtung J. BRÜHWILER (FN 16), 347 f.



## f. Parität in der Praxis

Zwischen dem Paritätsgedanken, wie er im BVG zum Ausdruck kommt, und der praktischen Umsetzung der Parität bestehen erhebliche Abweichungen. So wird der Grundsatz der paritätischen Verwaltung häufig durch ein faktisches *Ungleichgewicht des Fachwissens* innerhalb des Verwaltungsorgans gefährdet, denn oft hat die Arbeitgeberseite einen Wissensvorsprung.<sup>54</sup> Die dagegen in der Botschaft zur 1. BVG-Revision erwogene Massnahme (externe Experten als Begleiter und Berater der Arbeitnehmervertreter)<sup>55</sup> stiess jedoch auf wenig politische Unterstützung.<sup>56</sup> Insgesamt wird zur Stärkung der Sozialpartnerschaft viel eher die Lösung favorisiert, den Arbeitnehmervertretern auf Kosten der Vorsorgeeinrichtung eine adäquate Aus- und Weiterbildung zu ermöglichen.<sup>57</sup>

Weitere materielle Einschränkungen der sozialpartnerschaftlichen Mitbestimmung ergeben sich auch daraus, dass die Arbeitnehmervertreter – unabhängig von ihrem allenfalls weniger ausgeprägten Fachwissen in Finanzfragen – der gleichen Haftung unterliegen wie die Arbeitgebervertreter.<sup>58</sup> Neben der fachlichen Komponente spielt auch das Element der Abhängigkeit der Arbeitnehmervertreter von der Arbeitgeberseite eine nicht zu vernachlässigende Rolle.<sup>59</sup>

Das Hauptproblem bei der Durchsetzung der paritätischen Verwaltung stellt jedoch das mangelnde Problembewusstsein auf Arbeitnehmer- wie auf Arbeitgeberseite dar.<sup>60</sup> Vielen Arbeitnehmenden ist gar nicht bewusst, dass sie grundsätzlich ein Mitbestimmungsrecht auf der Ebene der paritätischen Verwaltung hätten. Die Verwaltung der Pensionskassengelder wird häufig als alleinige Aufgabe des Arbeitgebers empfunden, obwohl sie dies nach dem deutlich geäusserten Willen des Gesetzgebers nicht ist. Das Vollzugsdefizit, das bezüglich der paritätischen Verwaltung der Vorsorgeeinrichtungen besteht, ist erheblich und wird häufig auch dadurch verschärft, dass durch den Anschluss an eine Sammel- oder Gemeinschaftseinrichtung das ganze Problem aus dem Blickfeld der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gerückt wird.

## 3. Vermögensverwaltung

### a. Führungsaufgaben des paritätischen Organs (Art. 49a BVV 2)

Seit dem 1. Juli 1996 steht Art. 49a BVV 2 in Kraft, der unter dem Titel "Führungsaufgabe" in grundlegender Weise bestimmt:

"Die Vorsorgeeinrichtung legt die Ziele und Grundsätze, die Durchführung und Überwachung der Vermögensanlage nachvollziehbar so fest, dass das paritätische Organ seine Führungsaufgabe vollumfänglich wahrnehmen kann."

Damit wurde mit aller Deutlichkeit die Führungsaufgabe und die Führungsverantwortung des obersten Organs verankert. Die Bestimmung stellt klar, dass das paritätische Organ die Führung der Vorsorgeeinrichtung selber wahrnehmen muss und dementsprechend auch die primäre Verantwortung für einen allfälligen, auf (schuldhaft falsche) Führungsentscheide zurückgehenden Schaden trägt (Art. 52 BVG).

Zu den wichtigsten Führungsaufgaben, die vom obersten Organ selbst wahrgenommen werden müssen, zählen etwa:<sup>61</sup>

- Der *Erlass des Reglements* und die oberste *Überwachung* der Einhaltung der reglementarischen Bestimmungen.
- Die Definition eines Finanzierungsziels und die Auswahl einer darauf abgestimmten *Anlagestrategie*<sup>62</sup> sowie die Genehmigung der Selektion der Anlagemärkte, der Anlageinstrumente sowie insgesamt der Ausgestaltung des *Anlagereglements* (nachfolgend lit. b).
- Der Entscheid über die Ausübung der *Aktionärsstimmrechte* der Vorsorgeeinrichtung (nachfolgend lit. c).
- Die *Organisation* der Vorsorgeeinrichtung, insbesondere auch der Vermögensverwaltung in ihren wesentlichen Grundzügen,<sup>63</sup> inklusive der Regelung der *Zeichnungsberechtigung* und der *Vertretungsverhältnisse*.
- Die *Wahl* des Geschäftsführers, der Kontrollstelle und des Experten für berufliche Vorsorge, die grundsätzliche Ordnung der *Beziehungen* zu Banken, Vermögensverwal-

54 Siehe z.B. die Ergebnisse der Erhebung zum unterschiedlichen Ausbildungsstand der Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertreter bei DANILLO FOLLADOR, Wie gut ist die paritätische Verwaltung?, SPV 3/1998, 197.

55 Botschaft und Entwurf des Bundesrates zur 1. BVG-Revision vom 1.3.2000, BBl 2002, 2678, 2695 f.

56 Siehe z.B. den Bericht SGK-N (FN 13), 35 f.

57 Z.B. D. FOLLADOR (FN 54), 198; WERNER NUSSBAUM, Die Mitwirkung der Arbeitnehmenden wird erschwert, SPV 3/1999, 224; so auch der Vorschlag im Bericht SGK-N (FN 13), 48, für einen neuen Art. 51 Abs. 6 BVG: "Die Vorsorgeeinrichtung hat die Erst- und Weiterbildung der Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertreter im obersten paritätischen Organ auf eine Weise zu gewährleisten, dass diese ihre Führungsaufgaben wahrnehmen können." Die Vorschläge der Kommission zur Stärkung der Parität wurden vom Nationalrat als Erstrat am 16. April 2002 verabschiedet.

58 W. NUSSBAUM (FN 57), 221 ff.

59 Vgl. HANS MICHAEL RIEMER, Realität und Aussichten der paritätischen Mitbestimmung in der beruflichen Vorsorge – Beziehungen zwischen Stiftungsrat und Unternehmung, SZS 1994, 364–369; Bericht SGK-N (FN 13), 29.

60 Vgl. STEFANO BROS, Die Stellung des Arbeitnehmers im BVG, Obligatorium und freiwillige berufliche Vorsorge, Zürich 1993, 109 f.

61 Dazu und zur folgenden Aufzählung M. TH. M. EISENRING (FN 3), 99 ff.; siehe auch THEODOR HÄBERLI, Festlegung der Anlagestrategie durch den Stiftungsrat, SPV 4/2002, 287 f.; vgl. auch zu den delegierbaren Aufgaben im Vermögensverwaltungsbereich J. BRÜHWILER (FN 16), 380 f.

62 Freilich dürfte das paritätische Organ bezüglich der sachlichen Grundlagen eines solchen Entscheids häufig überfordert sein. Dass der Entscheid vom paritätischen Organ selbst zu fällen ist, schliesst deshalb nicht aus – oder verlangt geradezu –, dass die entsprechenden Fachpersonen zur Entscheidungsvorbereitung beigezogen werden.

63 Ausführlicher M. TH. M. EISENRING (FN 3), 88 ff.; BRUNO LANG, Hintergründe und Zielsetzungen der neuen Vorschriften der BVV 2, SZS 1997, 162.

tern und anderen mit der Vorsorgeeinrichtung in Kontakt stehenden Personen.

- Als weitere, nicht-delegierbare Aufgaben sind der Abschluss von *Kollektiv- oder Gruppenversicherungsverträgen*, der Entscheid über die Art der Deckung von versicherungstechnischen Fehlbeträgen und die Kompetenzen zu neuen Leistungsfestsetzungen zu nennen.

Die vorstehende Aufzählung ist nicht abschliessend zu verstehen. Sie soll lediglich verdeutlichen, welche Tragweite und Qualität die nicht-delegierbaren Entscheide des paritätischen Organs aufweisen.<sup>64</sup>

Von einiger Bedeutung ist dabei, dass sich das paritätische Organ durch eine vorschriftswidrige Delegation der genannten Aufgaben der Haftung für allfällige Schäden, die aus Fehlern in der Wahrnehmung der Führungsaufgabe erwachsen, nicht entziehen kann.<sup>65</sup>

## b. Anlagerichtlinien / Anlagereglement

An sich ergibt sich bereits aus dem soeben Angeführten, dass dem paritätischen Organ der Erlass eines Anlagereglements obliegt. Es rechtfertigt sich dennoch, nochmals kurz auf die Rolle des paritätischen Organs bei Erlass und Überwachung der Anlagerichtlinien einzugehen. Einerseits sind diese Fragen von erheblicher praktischer Relevanz, andererseits ist dieser Bereich (d.h. die Anlagevorschriften der BVV 2) vor wenigen Jahren neu geordnet worden.<sup>66</sup>

Obwohl die BVV 2 recht deutliche Richtlinien der Vermögensanlage enthält, ist der Gestaltungsspielraum der Vorsorgeeinrichtung sehr gross. *Innerhalb dieses Gestaltungsspielraums sind spezielle Anlagebestimmungen nötig*, die definieren, wie er in concreto ausgenützt werden soll.<sup>67</sup> Obwohl das Fehlen eines Anlagereglements nicht direkt rechtswidrig ist, wenn sich die gewählte Anlagestrategie anderweitig ergründen lässt,<sup>68</sup> wird der in Art. 49a Abs. 1 BVV 2 geforderten "Nachvollziehbarkeit" mit dem Erlass eines schriftlichen Anlagereglements am besten genügt.<sup>69</sup> Unter Vorbehalt von Art. 59 BVV 2 dürfen die Anlagevorschriften der Vorsorgeeinrichtung ihren Organen keine grösseren Freiheiten einräumen als die gesetzlichen Vorschriften.<sup>70</sup>

Sinnvoll ist es, im Anlagereglement innerhalb der einzelnen Anlagekategorien zu definieren, welche *Arten von Anlagen* zulässig sind und in welchem Ausmass diese genutzt werden dürfen. Das oberste Organ soll im Anlagereglement auch klar definieren, ob, in welchem Umfang und zu welchem Zweck *Derivate* eingesetzt werden dürfen. Weiter sollte sich das Reglement auch dazu äussern, ob und nach welchen Grundsätzen *Rückstellungen* für Bewertungsschwankungen gebildet und aufgelöst werden.<sup>71</sup>

Aufgrund der sehr verschiedenen Grössen, der unterschiedlichen Anlagestrukturen und der verschiedenen versicherungstechnischen Strukturen der einzelnen Vorsorgeeinrichtung lassen sich indes keine generellen Aussagen zur Ausgestaltung und zum Detaillierungsgrad eines Anlagereglements machen.<sup>72</sup> Wesentlich ist jedoch stets, dass den mit der Vermögensanlage betrauten Personen ein klarer und nachvollziehbarer Handlungsrahmen gegeben wird, der sich zweckmässig umsetzen lässt.<sup>73</sup> Gleichzeitig folgt aus dem zum notwendigen Inhalt eines Anlagereglements Aus-

geführten, dass der Erlass der entsprechenden Leitlinien nicht delegiert werden kann; selbst wenn die Richtlinien – was sehr häufig sein dürfte – von externen Fachleuten erarbeitet werden, bleibt das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung dafür zuständig und verantwortlich.

## c. Ausübung des Aktionärsstimmrechts (Art. 49a Abs. 2 BVV 2)<sup>74</sup>

Bei der Anlage ihres Vermögens muss die Vorsorgeeinrichtung in erster Linie darauf achten, dass die Grundsätze der Vermögensverwaltung (Sicherheit, Ertrag, Risikoverteilung, Liquidität) eingehalten werden.<sup>75</sup> Die Rechte, die ihr als Anlegerin und Aktionärin zustehen, spielen somit bei der Finanzierung der beruflichen Vorsorge eine nicht zu unterschätzende Rolle.<sup>76</sup> Aus einer Erhebung über die Anlagen der Pensionskassen 1998–2000 ging jedoch hervor, dass über 50 % der Kassen ihre Aktionärsstimmrechte nicht wahrgenommen haben. Bei den Generalsversammlungen gaben jeweils nur gerade 5 % systematisch ihre Stimme ab. Die übrigen Kassen nahmen ihr Stimmrecht dagegen nur sporadisch wahr.<sup>77</sup>

64 Vgl. etwa auch MARKUS MOSER, Die betriebliche Personalvorsorge als Führungsaufgabe: Was Sie als Stiftungsrat oder Mitglied eines paritätischen Verwaltungsorgans vom rechtlichen Umfeld wissen sollten, SZS 2002, 13 f., 22 f.

65 Siehe hinten Ziff. IV, 3.

66 Die entsprechenden Änderungen der BVV 2 sind per 1.7.1996 (Art. 47, 49a, 56a, 59 Abs. 1) bzw. per 1.4.2000 (Art. 50, 56, 59, 60) in Kraft getreten (AS 1996, 1494; 2000, 1265).

67 M. TH. M. EISENRING (FN 3), 85; C. HELBLING (FN 5), 504 f.; CHRISTOF HELBLING/CARMELA WYLER-SCHMELZER, Zur Verantwortlichkeit des Stiftungsrates, Die Haftung des Stiftungsrates von Personalvorsorgestiftungen, Der Schweizer Treuhänder 1-2/2002, 13.

68 Etwa durch konkrete Anweisungen an den Vermögensverwalter oder durch andere Äusserungen (einzelne Beschlüsse, Korrespondenz etc.).

69 M. TH. M. EISENRING (FN 3), 84; B. LANG (FN 63), 162.

70 M. TH. M. EISENRING (FN 3), 85.

71 M. TH. M. EISENRING (FN 3), 85. Zum Inhalt eines Anlagereglements auch TH. HÄBERLI (FN 61), 287 f.

72 Als Hilfe für die Ausgestaltung eines individuellen Anlagereglements kann auf die Checkliste in C. HELBLING (FN 5), 518, verwiesen werden.

73 C. HELBLING (FN 5), 516.

74 Siehe die Erläuterungen zu dieser Bestimmung in den Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 59, Ziff. 367.

75 Art. 71 BVG, Art. 50 ff. BVV 2.

76 Zur Wahrnehmung der Aktionärsinteressen als Teil der Sorgfaltspflicht etwa MICHAEL BRANDENBERGER, Begriff und Themenbereiche der Corporate Governance, SPV 1/2002, 23 ff.

77 Die neusten Zahlen belegen, dass aufgrund der Novelle von Art. 49a Abs. 2 BVV 2 das Stimmrecht häufiger als bisher ausgeübt wird: "Nur" noch 46 % der Pensionskassen üben ihre Stimmrechte nicht aus. Umgekehrt stimmen nunmehr 7 % systematisch an den Generalversammlungen. Angaben gemäss GRAZIANO LUSENTI (Hrsg.), Pensionskassenanlagen 2000–2002, Ergebnisse und Kommentare zur Umfrage, Genf 2002, 46 f.



Nachdem diese Problematik in einer parlamentarischen Interpellation aufgeworfen worden war, beschloss der Bundesrat den folgenden, am 1. Januar 2002 in Kraft getretenen Art. 49a Abs. 2 BVV 2:<sup>78</sup> "Die Vorsorgeeinrichtung stellt die Regeln auf, die bei der Ausübung ihrer Aktionärsrechte zur Anwendung gelangen."

Aus der systematischen Stellung dieser neuen Bestimmung geht hervor, dass es sich bei der Ausübung des Aktionärsstimmrechts ebenfalls um eine Aufgabe handelt, welche der Führungsaufgabe der paritätischen Verwaltung zuzurechnen ist. Die Pensionskassen legen intern das entsprechende Stimmverfahren fest. Den Stimmentscheid fällen sodann grundsätzlich die Mitglieder des paritätisch zusammengesetzten obersten Organs.

Zu bedenken ist freilich, dass die paritätische Verwaltung häufig überfordert wäre, wenn sie zu jedem Aktionärsentscheid einen separaten Beschluss fassen müsste. Die weisungsgebundene Delegation des Stimmrechtsentscheides, bei der die materiellen Vorgaben von der paritätischen Verwaltung geliefert werden, erscheint insofern als zulässig. Bei der externen Stimmrechtswahrnehmung sind indes klare Handlungsanweisungen nötig, die nachvollziehbar und kontrollierbar sind.<sup>79</sup> Die Bildung von "politischen Schwerpunkten" gehört zu den nicht-delegierbaren Aufgaben der Vorsorgeeinrichtung. *Der Entscheid über die Ausübung des Aktionärsstimmrechts darf somit nicht zur (ungebundenen) selbständigen Wahrnehmung auf eine nicht-paritätisches Organ übertragen werden.*<sup>80</sup>

#### d. Realität der paritätischen Vermögensverwaltung

In der beruflichen Vorsorge nehmen die Anforderungen bei der Vermögensverwaltung laufend zu. Neue Instrumente auf dem Kapitalmarkt verlangen nach immer mehr Professionalität.<sup>81</sup> Im selben Mass sind die Leitungsorgane der Vorsorgeeinrichtungen auf – meist externes – Expertenwissen angewiesen. Haben in einer 1997 durchgeführten Umfrage 14 % der antwortenden Kassen angegeben, für alle delegierbaren Anlageentscheide Mandate zu erteilen, während diese von 51 % ganz und von 35 % teilweise selber getroffen wurden,<sup>82</sup> hat sich dieses Verhältnis seither leicht gewandelt. Nach der jüngsten, zusätzlich nach Anlagekategorien und verschiedenen Rechtsträgern unterscheidenden Umfrage erteilen insgesamt 17 % der Vorsorgeeinrichtungen für alle delegierbaren Anlageentscheide Mandate.<sup>83</sup>

Deutlicher präsentieren sich die realen Tendenzen in einem anderen, von derselben Umfrage behandelten Punkt: Auf den Beizug von externen Sachverständigen in der Vermögensanlage verzichten nur noch 16 % der Vorsorgeeinrichtungen (1997: 20 %). Die übrigen 84 % nehmen von Zeit zu Zeit (41 %; 1997: 44,3 %) oder regelmässig (43 %; 1997: 37,4 %) einen oder mehrere Berater in Anspruch. Am häufigsten werden diese Berater zur Bestimmung der Asset Allocation, im Bereich des Asset/Liability-Managements, zur Unterstützung bei der Wahl von Portfoliomanagern, Anlagefonds oder Anlagestiftungen sowie bei der Regelung organisatorischer Fragen herangezogen.<sup>84</sup>

Aus den beiden genannten Umfragen ergibt sich das folgende Bild: Zum überwiegenden Teil behalten sich die paritätischen Vorsorgeeinrichtungen die wesentlichen Anlageentscheide vor und nehmen mithin mehr als nur ihre Führungsaufgabe in der Vermögensanlage wahr, doch steigt der Einfluss externer Experten. Die zunehmende Komplexität der Anlageentscheide sowie das wachsende Angebot der entsprechenden Dienstleistungen dürfte mittelfristig dazu führen, dass die Umsetzung der Anlagestrategie immer häufiger ausgelagert wird.

## 4. Verkehr mit Arbeitgebern, Arbeitnehmern und Destinatären

### a. Problemstellung

Der praktisch bedeutsame Bereich der Delegation von Vermögensanlage und -verwaltung hat bisher bereits im Zentrum des Interesses gestanden. Dementsprechend finden sich auf Verordnungsstufe auch einige Konkretisierungen, welche für die Abgrenzung zwischen delegierbaren und nicht-delegierbaren Aufgaben herangezogen werden können.<sup>85</sup>

Weit weniger Interesse wurde bislang der Übertragung anderer Aufgaben der Vorsorgeeinrichtungen entgegen gebracht. Freilich ist es in erster Linie die Vermögensanlage, welche für das Wohlergehen einer Vorsorgeeinrichtung und letztlich auch der Destinatäre von entscheidender Bedeutung ist. Wie die eingangs erwähnten Bedürfnisse der Praxis aber erkennen lassen, besteht auch ein Interesse an der Auslagerung anderer Aufgaben. Der recht arbeitsintensive und gelegentlich auch sehr anspruchsvolle Bereich des Verkehrs mit Arbeitgebern, Versicherten und Destinatären überfordert kleinere Vorsorgeeinrichtungen in fachlicher wie in finanzieller Hinsicht. Auch in diesem Bereich ist nach den möglichen Schranken der Aufgabenübertragung zu fragen.

78 AS 2001, 3169.

79 JÜRGEN SCHILLER, Corporate Governance – ein neues Betätigungsfeld für Pensionskassen?, SPV 1/2002, 37 ff., 38, der auch darauf hinweist, dass für politisch umstrittene Sonderfälle Ausnahmeregelungen definiert werden müssten.

80 Eine häufige Lösung besteht darin, dass die Stimmrechtsausübung zwar delegiert wird, das paritätische Organ sich aber vorbehält, eigene Parolen zu bestimmen. Diese Variante ist miliztauglich und das Entscheidungsorgan nimmt trotzdem seine Verantwortung wahr (vgl. HANSRUEDI SCHERER/DOMINIQUE AMMANN, Die Umsetzung von Corporate Governance, SPV 1/2002, 31 ff., 33).

81 C. HELBLING (FN 5), 505.

82 Zitiert nach M. TH. M. EISENRING (FN 3), 110.

83 G. LUSENTI (FN 77), 64 ff.

84 G. LUSENTI (FN 77), 115 ff., 117; siehe die Vergleichszahlen aus dem Jahr 1997 bei M. TH. M. EISENRING (FN 3), 102 f.

85 Vor allem der bereits behandelte Art. 49a BVV 2.

## b. Bedeutung gesetzlich übertragener Aufgaben<sup>86</sup>

Den gesetzlichen Rahmen, innerhalb welchem sich die privatautonome Tätigkeit der Vorsorgeeinrichtungen entfalten kann, bilden in erster Linie die Vorschriften des BVG. Diese Vorschriften sind nach herrschender Ansicht öffentlich-rechtlicher Natur.<sup>87</sup> Für eine allfällige Übertragung gesetzlicher Rechte und Pflichten kommen somit nicht die zivilrechtlichen Normen über Zession und Schuldübernahme,<sup>88</sup> sondern die im öffentlichen Recht entwickelten Grundsätze der Übertragbarkeit von Rechten und Pflichten zur Anwendung.<sup>89</sup>

Für öffentlichrechtliche Rechte und Pflichten Privater gilt dabei, dass sie grundsätzlich unübertragbar sind.<sup>90</sup> Insbesondere dann, wenn Rechte und Pflichten direkt durch das Gesetz zugewiesen werden, unterstehen sie nicht der Disposition des Berechtigten oder Verpflichteten,<sup>91</sup> ausser das Gesetz selbst sieht dies speziell vor.<sup>92</sup> Es muss also bei allen zu übertragenden Aufgaben untersucht werden, ob sie das BVG explizit einem bestimmten Organ innerhalb der Vorsorgeeinrichtung übertragen hat.

Auch bei grundsätzlich nicht übertragbaren Pflichten ist jedoch die Stellvertretung eines verwaltungsrechtlich Verpflichteten möglich, wenn nicht das Gesetz oder die Natur der betreffenden Rechte oder Pflichten das Tätigwerden einer bestimmten Person verlangen.<sup>93</sup> Gerade die Führungsaufgabe, die das paritätische Organ wahrzunehmen hat, gehört zu den grundsätzlich vertretungsfeindlichen Aufgaben. Wohl darf die paritätische Verwaltung die "Geschäftsführung" grundsätzlich delegieren; die strategische Führung muss sie jedoch selbst wahrnehmen.<sup>94</sup>

## c. Reglementarische Bestimmungen

Das autonome Recht der Vorsorgeeinrichtungen ist angesichts der geringen Regelungsdichte des BVG von herausragender Bedeutung. Neben dem bereits behandelten Anlagereglement schreibt das Gesetz den Erlass von Bestimmungen über die Leistungen, die Organisation, die Verwaltung und Finanzierung, die Kontrolle sowie das Verhältnis zu den Arbeitgebern, zu den Versicherten und zu den Anspruchsberechtigten vor (Art. 50 Abs. 1 BVG).<sup>95</sup> Der Erlass der reglementarischen Bestimmungen, die Finanzierung und die Vermögensverwaltung obliegen dabei der paritätischen Verwaltung (Art. 51 Abs. 1 BVG).

Die gesetzlich – und damit nicht delegierbar – der paritätischen Verwaltung zugewiesene Pflicht, die entsprechenden reglementarischen Bestimmungen zu erlassen, grenzt die Führungsaufgabe der paritätischen Verwaltung in diesen Bereichen ein. Die zu erlassenden Reglemente wiederum ermöglichen die Übertragung der Geschäftsführung oder Aufgabenerfüllung an interne oder externe (nicht-paritätische) Organe. Sofern also weder das Berufsvorsorgerecht noch – was auch möglich wäre, beispielsweise in der Stiftungsurkunde – das autonome Recht der Vorsorgeeinrichtung eine Aufgabe ausdrücklich einem bestimmten Organ innerhalb der Vorsorgeeinrichtung zuweisen, können die Aufgaben damit grundsätzlich übertragen werden.<sup>96</sup>

## d. Einzelne Aufgaben

### aa. Beitragsbezug

Das Berufsvorsorgerecht stellt bezüglich des Beitragsbezuges kaum Regeln auf: Gesetzlich vorgegeben sind einzig die Pflicht des Arbeitgebers, den Beitragsanteil des Arbeitnehmers von dessen Lohn abzuziehen, sowie die Stellung des Arbeitgebers als Schuldner der gesamten Beiträge.<sup>97</sup> Die Festlegung der Modalitäten des Beitragsbezugs ist grundsätzlich der reglementarischen Bestimmung durch die Vorsorgeeinrichtung vorbehalten.<sup>98</sup>

Auch die Möglichkeit, den Versicherungsschutz durch Einkauf zu erhöhen, kann reglementarisch vorgesehen werden und weist keine anders gelagerten Probleme auf als der Beitragsbezug.

Es liegt mit anderen Worten im Ermessen der Vorsorgeeinrichtung, wie sie den Beitragsbezug organisieren will.

86 Zum Ganzen THOMAS GÄCHTER, Vereinfachte Abrechnung der Sozialversicherungsbeiträge in Privathaushalten und KMU. Geltendes Recht und nötige Normanpassungen für ein Beitrags- und Lohngutschriftsverfahren, Grundlagen der Wirtschaftspolitik Nr. 1, Studienreihe des Staatssekretariats für Wirtschaft – Leistungsbereich wirtschaftspolitische Grundlagen, Bern 2000, 24 f.

87 Z.B. J. BRÜHWILER (FN 16), 392 f.

88 Art. 164 ff. OR.

89 Vgl. zu diesen Grundsätzen z.B. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 4. A., Zürich 2002, Rz. 826 f.; MAX IMBODEN/RÉNÉ RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 6. A., Basel/Frankfurt a.M. 1986, Nr. 30; RENÉ RHINOW/BEAT KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a.M. 1990, Nr. 30; BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, 4. A., Basel/Frankfurt a.M. 1991, Rz. 783 ff.

90 U. HÄFELIN/G. MÜLLER (FN 89), Rz. 826; M. IMBODEN/R. RHINOW (FN 89), 183, beide mit Hinweisen auf die Praxis.

91 PIERRE MOOR, Droit administratif, Vol. II, Les actes administratifs et leur contrôle, 2. A., Bern 2002, 66 f.

92 M. IMBODEN/R. RHINOW (FN 89), 183.

93 ZACCARIA GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Band, Zürich 1960, 324 ff.; U. HÄFELIN/G. MÜLLER (FN 89) Rz. 830 ff.; B. KNAPP (FN 89), Rz. 764<sup>bis</sup>.

94 Vorne Ziff. II. 2.

95 Siehe zu den verschiedenen Arten von Reglementen einer Vorsorgeeinrichtung und ihrem gegenseitigen Verhältnis HERMAN GERBER, Geschäftsreglement als Organisationsgrundlage, SPV 4/2002, 283 ff.

96 Dass dieser Gedanke bereits bei der Einführung des BVG vorgeherrscht haben muss, zeigt sich an Art. 35 Abs. 4 BVV 2; vgl. vorne Ziff. II. 2. d.

97 Art. 66 Abs. 2 und 3 BVG.

98 Vgl. Art. 66 Abs. 1 und Art. 50 Abs. 1 lit. c und e BVG; TH. GÄCHTER (FN 86), 20.

Eine Übertragung des Beitragsbezugs an externe Dienstleister ist deshalb möglich.

#### bb. Berechnung und Auszahlung von Leistungen

Eine praktisch wichtige Aufgabe der Vorsorgeeinrichtungen besteht darin, die gesetzlichen und reglementarischen Leistungen der beruflichen Vorsorge (Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenrenten, Freizügigkeitsleistungen) zu berechnen und den Berechtigten auszurichten. Es obliegt dabei der paritätischen Verwaltung, die Leistungsansprüche im Reglement zu konkretisieren (Art. 50 Abs. 1 lit. a BVG). Das Berufsvorsorgerecht weist den Vollzug der gesetzlichen und reglementarischen Bestimmungen keinem bestimmten Organ innerhalb der Vorsorgeeinrichtung zu. Einer Auslagerung dieser Aufgaben an einen externen Dienstleister steht deshalb grundsätzlich nichts im Weg.

Auch bei einer Auslagerung der Auszahlung der Leistungen an externe Dienstleister bleibt jedoch die Vorsorgeeinrichtung rechtlich zur Leistung verpflichtet. Übertragen werden kann nur der (stellvertretende)<sup>99</sup> Vollzug der Leistungserbringung, nicht auch die Leistungspflicht der Vorsorgeeinrichtung.

Auch eine allfällige Insolvenz des externen Dienstleisters hätte damit keinen Einfluss auf den Bestand der Ansprüche gegenüber der Vorsorgeeinrichtung. Die Leistungsberechtigten werden damit nicht schlechter gestellt als bei der direkten Auszahlung durch die Vorsorgeeinrichtung.

#### cc. Versichertenkonten/BVG-Alterskonten<sup>100</sup>

Auf Gesetzesstufe ist für den obligatorischen Bereich des BVG lediglich geregelt, wie Altersgutschriften und Altersguthaben zu berechnen sind und dass sich die Altersrente grundsätzlich in Prozenten des Altersguthabens bestimmt.<sup>101</sup> Damit wird freilich impliziert, dass die entsprechenden Alterskonten geführt werden müssen. Das Gesetz beauftragt jedoch kein bestimmtes Organ mit der Kontenführung.

Auf Verordnungsstufe wird die Führung der individuellen Alterskonten weitgehend konkretisiert (Art. 11 BVV 2). Der Wortlaut von Art. 11 Abs. 2 BVV 2<sup>102</sup> nimmt *direkt* die Vorsorgeeinrichtung in die Pflicht. Ist daraus nun abzuleiten, dass die Kontenführung zu den unübertragbaren Aufgaben gehört, die nur von der Vorsorgeeinrichtung selbst vorgenommen werden kann? Zwar bilden die aus den Alterskonten ersichtlichen Altersguthaben gewissermassen das Herzstück des Obligatoriums,<sup>103</sup> weil sie für die Leistungsberechnung von zentraler Bedeutung sind. Insofern würde sich allenfalls die Nichtübertragbarkeit rechtfertigen. Auf der anderen Seite wäre aus systematischen Gründen nicht einzusehen, weshalb ausgerechnet diese Aufgabe nicht an einen externen Dienstleister übertragbar sein sollte, da dieser ja über sämtliche nötigen Angaben verfügen würde, um die Alterskonten korrekt zu führen. Weiter spricht auch die bereits mehrfach erwähnte, hierarchisch gleichrangige Bestimmung in Art. 35 Abs. 4 BVV 2 für die Übertragbarkeit auch dieser Aufgabe. Schliesslich entspricht es auch der Praxis, dass die Versichertenkonten – bei Vorliegen eines Kollektivversicherungsvertrages – auf Wunsch teil-

weise oder vollständig von der Versicherungsgesellschaft geführt werden.<sup>104</sup>

#### dd. Weitere Aufgaben

Neben den genannten sind auch noch weitere (nicht abschliessend aufgezählte) Aufgaben grundsätzlich einer Übertragung zugänglich:

- Ein spezialisierter und mit den entsprechenden Fachleuten dotierter Dienstleister könnte etwa die Vertretung der Vorsorgeeinrichtung in allen sie betreffenden *Rechtsstreitigkeiten* übernehmen.
- Einem externen Dienstleister könnte auch das *Inkasso von Beiträgen* übertragen werden. Dies ist freilich nur bei Vorsorgeeinrichtungen von Bedeutung, die über mehrere angeschlossene Arbeitgeber verfügen.
- Selbstverständlich steht auch der Übertragung der verschiedenen, eine Vorsorgeeinrichtung treffenden *Abrechnungspflichten* (z.B. auch für Steuerzwecke der Versicherten/Begünstigten) nichts entgegen.

#### e. Fazit

Grundsätzlich sind alle genannten Tätigkeiten entweder bereits im Vorsorgerecht umschrieben oder müssen in einem (vom paritätischen Organ zu erlassenden) Reglement geordnet werden (Art. 51 in Verbindung mit Art. 50 BVG). *Alle genannten Tätigkeiten können mit anderen Worten an externe Dienstleistungserbringer übertragen werden, wenn diese auf die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Bestimmungen verpflichtet werden.*

Nicht übertragen lässt sich jedoch die Überwachung der Tätigkeit des Übernehmers der Aufgaben, die neben der Kontrollstelle und allenfalls dem Experten für berufliche Vorsorge auch dem paritätischen Organ obliegt. Dieses hat einzugreifen, wenn Anzeichen dafür bestehen, dass die genannten Regeln nicht korrekt umgesetzt werden.

### 5. Kontrolle

Die Kontrolle durch eine von der Vorsorgeeinrichtung zu bestimmende Kontrollstelle einerseits (Art. 53 Abs. 1 BVG) und einen anerkannten Experten für berufliche Vorsorge andererseits (Art. 53 Abs. 2 BVG) ist bereits auf Gesetzesebene "ausgelagert". Sowohl die Kontrollstelle als auch der Experte müssen gegenüber der zu kontrollierenden Vorsorgeeinrichtung unabhängig sein.<sup>105</sup>

<sup>99</sup> Vgl. vorne Ziff. II. 4. b.

<sup>100</sup> Zu Inhalt und Bedeutung dieser Konten C. HELBLING (FN 5), 435 ff.

<sup>101</sup> Art. 13–16 BVG.

<sup>102</sup> "Die Vorsorgeeinrichtung muss für jeden Versicherten ein Alterskonto führen, aus dem das Altersguthaben nach Artikel 15 Abs. 1 BVG ersichtlich ist."

<sup>103</sup> C. HELBLING (FN 5), 437.

<sup>104</sup> Vgl. C. HELBLING (FN 5), 435.

<sup>105</sup> Art. 34, 40 BVV 2.



Die Unabhängigkeit bedingt auch, dass Kontrollstelle und Experte gegenüber Personen, die für die Geschäftsführung oder Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung verantwortlich sind, nicht weisungsgebunden sein dürfen.<sup>106</sup> Werden einzelne oder alle einer Übertragung zugänglichen Aufgaben der Vorsorgeeinrichtungen auf externe Dienstleister übertragen, so muss nach dem Zweck des Unabhängigkeitserfordernisses die Unabhängigkeit auch gegenüber diesem externen Dienstleister bestehen.

Eine Aufgabenübertragung an einen externen Dienstleister bringt es weiter mit sich, dass die Kontrollstelle ihre Kontrolltätigkeit auch auf dessen Geschäftsführung auszuweiten hat (Art. 35 Abs. 4 BVV 2). Eine Aufgabenübertragung darf keinesfalls zu einem tieferen Kontrollniveau führen.

## 6. Aufsicht

An Inhalt und Umfang der staatlichen Aufsicht über die Vorsorgeeinrichtungen (Art. 61 ff. BVG) ändert die Übertragung von Aufgaben an externe Dienstleister grundsätzlich nichts.

## 7. Schweigepflicht und Datenschutz

### a. Einleitung

Bei der gesetzlich vorgeschriebenen Schweigepflicht sowie beim Datenschutz handelt es sich nicht um Aufgaben der Vorsorgeeinrichtungen, sondern vielmehr um Nebenpflichten, die sich aus der Aufgabenerfüllung ergeben. Insofern stellt sich also nicht die Frage, ob eine "Aufgabe" Schweigepflicht oder Datenschutz übertragen werden kann, sondern vielmehr das Problem, ob auch bei einer allfälligen Aufgabenübertragung diesen gesetzlichen Nebenpflichten genügt wird.

### b. Schweigepflicht

Personen, die bei der Durchführung der beruflichen Vorsorge mitwirken, gewinnen oft tiefe Einblicke in die Privatsphäre der Versicherten und Destinatäre. Sie unterstehen deshalb einer (strafrechtlich sanktionierten)<sup>107</sup> Schweigepflicht (Art. 86 BVG).

Wie im Rahmen der kürzlich erfolgten Anpassung und Harmonisierung der gesetzlichen Grundlagen für die Bearbeitung von Personendaten in der Sozialversicherung klargestellt wurde,<sup>108</sup> bedeutet der gesetzliche Ausdruck "beteiligt sind", dass die verpflichteten Personen sowohl Mitarbeitende des datenbearbeitenden Organs als auch externe Personen sein können, denen die Datenbearbeitung übertragen wurde.<sup>109</sup>

Auch die externen Dienstleister, die mit sensiblen Daten in Berührung kommen, unterstehen demnach der Schweigepflicht und der daran anknüpfenden Strafdrohung.

### c. Datenschutz

Da nach dem zur Schweigepflicht Ausgeführten die externen Dienstleister als an der Durchführung der beruflichen Vorsorge Beteiligte gelten können, sind im Verhältnis zu

ihnen nicht die restriktiveren Grundsätze betreffend Datenbekanntgabe anwendbar.<sup>110</sup> Vielmehr sind sie als an der Durchführung Beteiligte selbst an diese Grundsätze gebunden.

## 8. Fazit: unübertragbare Aufgaben einer Personalvorsorgeeinrichtung

Die Durchsicht der rechtlichen Schranken der Aufgabenübertragung an externe Dienstleister hat zwei Charakteristika der gesetzlichen Regelung erkennen lassen. Die Organisationsvorschriften des Berufsvorsorgerechts sind einerseits äusserst offen und lassen Raum für verschiedenste Formen der Aufgabenerfüllung. Andererseits aber sind die wenigen, grundlegenden Organisationsprinzipien, die das Berufsvorsorgerecht kennt, weitgehend unverrückbar und einer Aufgabenübertragung hinderlich. *Möglich ist die Aufgabenübertragung namentlich nur dann, wenn bezüglich der inhaltlichen Leitlinien die Führungsaufgabe der paritätischen Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung gewahrt bleibt.*

Diese Vorgaben bereiten im Bereich der Beitragsbezugs, der Führung der Versichertenkonten, der Berechnung und Erbringung von Versicherungsleistungen sowie bei anderen Tätigkeiten, die sich reglementarisch klar regeln lassen, keine Schwierigkeiten.

Heikler ist die Situation im praktisch bedeutsamen Bereich der Vermögensverwaltung: Auch hier ist die paritätische Verwaltung explizit zur Wahrnehmung der Führungsaufgabe berufen. Die immer komplexer werdenden Anlageentscheide können aber immer seltener ohne den Beizug externer Experten bewältigt werden. Es besteht also die schwierige Situation, dass trotz des notwendigen Beizugs von Expertenwissen die Verantwortung für die Umsetzung der in Art. 71 BVG gesteckten Anlageziele (Sicherheit, Ertrag, Risikoverteilung, Liquidität) bei der paritätischen Verwaltung verbleibt. Gerade bei der Vermögensverwaltung wird das Spannungsverhältnis zwischen der sozialpartnerschaftlich motivierten paritätischen Führung und der möglichst professionellen Vermögensbewirtschaftung offenbar. Die Suche nach einem diesbezüglichen Ausgleich bildet denn auch einen der zentralen Punkte der 1. BVG-Revision,

106 Art. 34 lit. a, Art. 40 BVV 2.

107 Art. 76 Abs. 3 BVG.

108 Art. 86 BVG (Schweigepflicht) ist in der neuen Fassung seit 1.1.2001 in Kraft (AS 1999, 2689 ff.). Je nach organisatorischer Nähe oder Ferne der beauftragten Stelle war nach altem Recht nicht immer ganz klar, wie weit die Schweigepflicht reichte; vgl. TH. GÄCHTER (FN 86), 31 ff.

109 BBl 2000, 264. BARBARA EGLI, Schutz der Privatsphäre beim Umgang mit Personendaten, SPV 5/2002, 395.

110 Art. 86a f. BVG.

namentlich bei der Kompensation des gelegentlich fehlenden Fachwissens bei den Vertretern der Arbeitnehmenden.<sup>111</sup>

### III. Rechtliche Ausgestaltung der Aufgabenübernahme

#### 1. Mögliche Problemfelder

##### a. Grundsätzlich freie Gestaltung der Aufgabenübertragung

Die Vielfalt der praktischen Bedürfnisse der Vorsorgeeinrichtungen, die Verschiedenheit ihrer Struktur, ihre unterschiedliche Grösse sowie das nicht leicht zu überschauende Angebot an möglichen externen Dienstleistungen macht es unmöglich, allgemeingültig für alle Aufgabenübertragungen die optimale Lösung im Voraus zu bestimmen. Aus juristischer Sicht kann lediglich darauf eingegangen werden, welche Grenzen bei der Aufgabenübertragung nicht überschritten werden dürfen und auf welchem Weg eine Aufgabenübertragung grundsätzlich erfolgen kann. Dem letzteren Punkt dienen die Ausführungen der Ziffer III.

##### b. Abgrenzung zwischen übertragbaren und nicht-übertragbaren Aufgaben

Wenn sich auch theoretisch mit einer gewissen Deutlichkeit zwischen Aufgaben unterscheiden lässt, die der strategischen Führungsaufgabe der paritätischen Verwaltung übertragen sind, und solchen, die zur selbständigen Erledigung an nicht-paritätische Organe oder Dienstleister delegiert werden können, fällt diese Unterscheidung bei konkreten Anwendungsfällen nicht immer leicht. Die Grenzziehung ist deshalb von Bedeutung, weil das paritätische Organ für Schäden verantwortlich bleibt, die von dem mit der Geschäftsführung beauftragten Organ oder Dienstleister im Zuständigkeitsbereich der paritätischen Verwaltung verursacht werden.<sup>112</sup>

Um hier möglichst klare Verhältnisse zu schaffen, bieten sich verschiedene Regelungsalternativen an:

- Dem geschäftsführenden Organ oder Dienstleister werden explizit nur diejenigen Aufgaben übertragen, die zweifellos übertragbar sind. Für alle übrigen Aufgaben bleibt das paritätische Organ zuständig. Diese Lösung hat den Vorteil der Klarheit.
- Die zu übertragenden Aufgaben werden um Generalklauseln erweitert, welche die Erfüllung der schwer zuordenbaren – nicht aber der eindeutig der Führungsaufgabe zuzurechnenden – Aufgaben zwar grundsätzlich dem geschäftsführenden Organ übertragen, die zu treffenden Entscheide jedoch einem *Genehmigungsvorbehalt* des paritätischen Organs unterstellen.<sup>113</sup> Diese Lösung hat den Vorteil der Effizienz. Faktisch führt sie jedoch zu einem weiteren Bedeutungszuwachs der Geschäftsführung gegenüber der paritätischen Verwaltung, da die Entscheide durch die Geschäftsführung bereits vorbereitet werden.<sup>114</sup>

- Die Einschaltung von (paritätischen) Ausschüssen des paritätischen Organs kann gegebenenfalls die Vorteile der beiden genannten Varianten verbinden: Die Entscheidung wird grundsätzlich durch ein in der Verantwortung stehendes Organ getroffen, hat gegenüber der ersten Variante aber den Vorteil der Flexibilität. Es muss nicht das ganze paritätische Organ mit einer Frage befasst werden, sondern nur einzelne seiner Mitglieder. Da durch ein solches Ausschuss-System gewisse Spezialisierungen geschaffen werden, hat es allenfalls auch den Vorteil, dass kompetente Entscheide schneller gefasst werden können.

##### c. Informationsfluss

Neben einer möglichst eindeutigen Aufgabenzuteilung empfiehlt es sich auch, die Informationsflüsse zwischen geschäftsführenden Organen oder Dienstleistern und dem paritätischen Organ klar zu regeln. Dabei liegt es natürlich im Interesse der Vorsorgeeinrichtung, möglichst umfassenden Einblick in die Geschäftsführung (und die Kostenstrukturen) des Dienstleisters zu erhalten. Dem paritätischen Organ obliegt auch bei einer sehr weit gehenden Übertragung der Geschäftsführung die oberste Kontrolle über die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Bestimmungen.<sup>115</sup> Diese Kontrolle kann es nur wahrnehmen, wenn ein lückenloser Informationsfluss gewährleistet ist.<sup>116</sup>

#### 2. Grundlagen des Outsourcings

##### a. Reglement

Die Lehre beantwortet die Frage, ob die Delegation der Geschäftsführung bereits auf der Ebene der Stiftungsurkunde oder der Statuten der Genossenschaft vorgesehen werden kann, nicht ganz einheitlich. Während RIEMER dies vor allem für die Stiftungen ausschliesst, da die Stiftungsurkunde nicht der jederzeitigen Abänderbarkeit durch das paritätische Organ unterliege und deshalb der jederzeitige Widerruf der Delegation nicht durchführbar wäre,<sup>117</sup> erblickt BRÜHWILER kein grundsätzliches Problem darin, die Aufgabendelegation bereits in der Stiftungsurkunde vorzusehen. Vorzuziehen sei aber im Interesse der Sozialpartnerschaft und wegen der grösseren Flexibilität eine Zuordnung im Reglement durch das paritätische Organ.<sup>118</sup> BRÜHWILER ist wohl inso-

111 Siehe vorne FN 55 ff.

112 Hinten Ziff. IV. 2.

113 M. TH. M. EISENRING (FN 3), 107 f.

114 Als unzulässig erscheint die Aufgabenübertragung selbst mit Genehmigungsvorbehalt jedoch dann, wenn sie strategische Führungsentscheide beschlägt.

115 M. TH. M. EISENRING (FN 3), 101, mit Hinweis.

116 Siehe etwa zu den Anforderungen an die Informationsqualität im Vermögensanlagebereich ALEXANDER BRUHIN, Pensionskassen Management, Führungsstrategien für Stiftungsräte, Bern 1997, 170 f.

117 H. M. RIEMER (FN 24), 65.

118 J. BRÜHWILER (FN 16), 380; vgl. auch C. HELBLING (FN 5), 116.



fern zuzustimmen, als bereits in der Stiftungsurkunde vorgesehen werden kann, dass bestimmte Aufgaben delegiert werden sollen. Die Bezeichnung einer bestimmten Person, welche die entsprechenden delegierten Aufgaben übernehmen soll, ist bei einer auf lange Lebensdauer angelegten Stiftung aber äusserst unpraktisch. Im Hinblick auf den fast verunmöglichten Widerruf der Delegation würde eine solche Bezeichnung des Übernehmers auch als juristisch unzulässig erscheinen. Durch eine Regelung in der Stiftungsurkunde könnte der paritätischen Verwaltung demnach lediglich die Bestimmung des Umfangs der zu delegierenden Aufgaben entzogen werden. Die Auswahl des Dienstleisters verbliebe dagegen bei ihr.

Insgesamt dürfte es aber ohnehin zweckmässiger sein, alle organisatorischen Fragen in einem vom paritätischen Organ zu erlassenden Organisationsreglement zu klären.<sup>119</sup> Soweit ersichtlich entspricht das auch der weit verbreiteten Praxis.<sup>120</sup>

## b. Verträge

Intern bildet demnach ein (Organisations-)Reglement die Grundlage für Inhalt und Umfang der Aufgabenübertragung. *Auf der Grundlage dieses Reglements* kann die paritätische Verwaltung mit einem geeigneten externen Dienstleister *Verträge* abschliessen, welche die Modalitäten der Übernahme der Geschäftsführung regeln.

Auf jeden Fall sind die externen Dienstleister in diesen Verträgen auf die Einhaltung der anwendbaren Reglemente und Beschlüsse der Vorsorgeeinrichtung zu verpflichten. Weiter sind mit Vorteil auch die einzelnen Pflichten des Übernehmers explizit zu nennen<sup>121</sup> und der Informationsfluss sicher zu stellen.<sup>122</sup> Obwohl die externen Dienstleister grundsätzlich auch der Schweigepflicht unterstehen, sollte sicherheitshalber explizit auf diese Pflicht hingewiesen werden, um allfällige Indiskretionen von Anfang an zu vermeiden.<sup>123</sup>

Zweckmässigerweise sollte der Aufgabenübernahmevertrag mindestens die folgenden Punkte regeln:<sup>124</sup>

- Entschädigungsansprüche des Übernehmers: Je nach Art und Umfang der übertragenen Aufgaben nach Aufwand oder pauschal
- Genauer Umfang der zu übernehmenden Pflichten (Aufzählung)
- Vorgehen bei Unklarheiten über die Zuständigkeit (allenfalls Genehmigungsvorbehalte)<sup>125</sup>
- Klare Richtlinien für die Erfüllung der Aufgaben<sup>126</sup>
- Verpflichtung des Übernehmers auf die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorgaben
- Vertragsbeginn
- Vertragsdauer und Auflösungsmodalitäten, insbesondere auch Modalitäten einer kurzfristigen Vertragsauflösung (im Falle des jederzeit möglichen Widerrufs der Aufgabenübertragung)
- Evtl. Haftungsbeschränkungen des Übernehmers<sup>127</sup>
- Evtl. Absicherung der Schweigepflicht und des Datenschutzes
- Klare Regeln betreffend den Informationsfluss und die Kontrollmöglichkeiten des paritätischen Organs.<sup>128</sup>

## IV. Verantwortlichkeit (Haftung) bei der Aufgabenübertragung

### 1. Grundlagen und Formen der Haftung

Es sind im Zusammenhang mit der Tätigkeit einer Vorsorgeeinrichtung verschiedene Formen der Haftung zu unterscheiden. Ausgeklammert wird hier die Haftung der Aufsichtsbehörden, da diese durch ein Outsourcing von Aufgaben ohnehin nicht berührt wird.<sup>129</sup> Die Übertragung von Aufgaben kann indes Auswirkungen auf die Haftung der Organe gegenüber der Vorsorgeeinrichtung<sup>130</sup> sowie der Haftung gegenüber (externen) Dritten haben.

Im Mittelpunkt steht bei der Haftung *gegenüber der Vorsorgeeinrichtung* Art. 52 BVG, welcher bestimmt: "Alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen sind für den Schaden verantwortlich, den sie ihr absichtlich oder fahrlässig zufügen."

Die allfällige Haftung ist hier eine privatrechtliche Vertragshaftung, da die haftenden Personen regelmässig in einem Vertragsverhältnis zur Vorsorgeeinrichtung stehen.<sup>131</sup> Voraussetzungen der Haftung sind demnach Schaden, Vertragsverletzung, Verschulden und adäquate Kausalität zwi-

119 Vgl. H. GERBER (FN 95), 284.

120 Vgl. etwa die Mustertexte für Stiftungsurkunden bei C. HELBLING (FN 5), 733 ff.

121 Vgl. vorne, Ziff. III. 1 b.

122 Vgl. vorne, Ziff. III. 1 c.

123 Denkbar ist darüber hinaus auch die Absicherung der Schweigepflicht durch Konventionalstrafen.

124 Je nach Situation drängt sich auch die Regelung weiterer Fragen auf. Die Kürze der aufgezählten Punkte soll nicht darüber hinwegtäuschen, dass einzelne Fragen sehr eingehend geregelt werden müssen (Anlagerichtlinien etc.).

125 Vorne, Ziff. III. 1 b.

126 Dabei ist nicht nur an die bereits genannten Anlagerichtlinien zu denken, sondern auch an Direktiven bezüglich der Durchführung anderer übertragener Aufgaben.

127 Je nachdem, ob die Aufgabenübertragung einen Umfang erreicht, der den Übernehmer als Organ im Sinne von Art. 52 BVG erscheinen lässt, kann der Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein; vgl. hinten Ziff. IV. 3.

128 Vorne, Ziff. III. 1 c.

129 Zu ihren Grundlagen J. BRÜHWILER/H. WALSER (FN 26), Rz. 37; H. M. RIEMER (FN 24), 81; umfassend dazu ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Vorschriften des Bundes sowie des Kantons Zürich, Zürich 1996.

130 Vgl. THOMAS GEISER, Haftung für Schäden der Pensionskassen: Überblick über die Haftungsregeln der 2. Säule, in BETTINA KAHIL-WOLFF/PIERRE-YVES GREBER/MIRELA ÇAÇI (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc*, Lausanne 2001, 67–96.

131 C. HELBLING/C. WYLER-SCHMELZER (FN 67), 11 f.; H. M. RIEMER (FN 24), 73 f.

schen Vertragsverletzung und Schadenseintritt. Mit Art. 52 BVG wird klargestellt, dass die Haftung für jedes Verschulden gilt, also auch für leichte Fahrlässigkeit.<sup>132</sup> Ausserdem ist eine Wegbedingung der Haftung für leichtes Verschulden gemäss Art. 100 OR wegen des zwingenden Charakters von Art. 52 BVG ausgeschlossen.<sup>133</sup>

Grundlage für die *Haftung* für Handlungen und Unterlassungen von Organen der Vorsorgeeinrichtung *gegenüber Dritten* ist die allgemeine Organhaftung juristischer Personen nach Art. 55 ZGB.<sup>134</sup>

## 2. Verantwortlichkeit der delegierenden Organe

Die Delegation von Kompetenzen auf andere Organe oder Dritte führt – falls sie mit den Organisationsbestimmungen übereinstimmt und nicht eine "Führungsaufgabe" der paritätischen Verwaltung betrifft<sup>135</sup> – zu einer Entlastung der Verantwortlichkeit für die delegierten Pflichten. Die Delegation von Organpflichten reduziert somit die Verantwortung des Delegierenden gegenüber der Vorsorgeeinrichtung auf den ihm noch verbleibenden Pflichten.<sup>136</sup> Dabei handelt es sich um eine Haftungsbefreiung, nicht nur um eine Haftungsmilderung. Genügt das paritätische Organ seinen Pflichten, d.h. wählt es den Delegierten bzw. den externen Dienstleister sorgfältig aus, instruiert ihn klar und umfassend und überwacht es ihn genügend,<sup>137</sup> so ist es nicht mehr für alle Fehlleistungen verantwortlich, die dem Delegierten trotzdem unterlaufen.<sup>138</sup>

Ohne dass sich durch das Inkrafttreten von Art. 49a Abs. 1 BVV 2 etwas Grundsätzliches verändert hätte, wird durch diese Bestimmung der Aufgabenbereich des paritätischen Organs klarer gefasst. Die Frage, ob im Lichte von Art. 49a Abs. 1 BVV 2 eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt, kann nunmehr genauer beurteilt werden. Klargestellt wurde auch, das bei der Beurteilung der Frage, ob sich die Mitglieder eines paritätischen Organs pflichtwidrig verhalten haben, nicht einfach darauf abgestellt werden kann, ob die Anlagevorschriften eingehalten worden sind. Vielmehr ist auch abzuklären, ob das Führungsorgan der Vorsorgeeinrichtung die weiteren in Art. 49a Abs. 1 BVV 2 erwähnten Aufgaben erfüllt hat.<sup>139</sup> Dies ist etwa dann nicht der Fall, wenn es die Führungsaufgabe sowie die Kontrolle der übertragenen Aufgaben nicht korrekt vorgenommen hat.

## 3. Interne Haftung der Übernehmer

Bis heute besteht keine vollständige Einigkeit bezüglich der Frage, welche Personen von der Haftungsnorm des Art. 52 BVG erfasst werden, d.h. wer als "Organ" haftbar ist.<sup>140</sup> Immerhin hat das EVG aber durchblicken lassen, dass Art. 52 BVG auch faktische Organe betreffen kann.<sup>141</sup> Entscheidend für die Organqualität ist demnach die tatsächliche Beteiligung an der Willensbildung der juristischen Person. "Die Organqualität wird dann bejaht, wenn die Möglichkeit selbständiger Entscheidungen und effektives und massgebendes Teilhaben an Entscheidungen an einem wesentlichen Aufgabenbereich der juristischen Person gegeben sind, d.h.,

wenn die Organe etwas Wesentliches zu sagen haben. Als Organe gelten somit auch Personen, die unter der Aufsicht des obersten Verwaltungsausschusses einer juristischen Person deren eigentliche Geschäftsführung besorgen oder sich sonst in leitender Stellung betätigen. Rechtsprechung und Lehre gehen somit von einem funktionellen Organbegriff aus. Demnach wird Organqualität entweder durch formelle Qualifizierung oder durch die Ausübung effektiver Leitungs- und Mitentscheidungsbefugnisse erreicht."<sup>142</sup>

Die interne Haftung des Übernehmers von Pensionskassenaufgaben beruht in erster Linie auf Vertrag und richtet sich nach den für den jeweiligen Vertrag anwendbaren Normen.<sup>143</sup> Der Übernehmer hat gegenüber der Vorsorgeeinrichtung für die korrekte Erfüllung der vertraglich übernommenen Aufgaben einzustehen.<sup>144</sup>

Darüber hinaus kann sich die Haftung<sup>145</sup> gegenüber der Vorsorgeeinrichtung auch aus Art. 52 BVG ergeben. Dabei fällt nicht bereits eine inhaltlich sehr beschränkte und verhältnismässig untergeordnete Aufgabenübernahme unter die genannte Norm. Erst dann, wenn Art und Umfang der

132 J. BRÜHWILER/H. WALSER (FN 26), Rz. 35; M. TH. M. EISENRING (FN 3), 175; C. HELBLING/C. WYLER-SCHMELZER (FN 67), 16; siehe auch das Urteil des EVG vom 14.5.2002, E. 4e (B 85/00 und B 89/00, <http://www.bger.ch>, BGE-Publikation vorgesehen).

133 M. TH. M. EISENRING (FN 3), 175, 208, mit Hinweisen.

134 J. BRÜHWILER/H. WALSER (FN 26), Rz. 36; M. TH. M. EISENRING (FN 3), 179; H. M. RIEMER (FN 24), 74 ff.

135 Vgl. vorne Ziff. II. 2 d und e.

136 Zum Ganzen M. TH. M. EISENRING (FN 3), 94 ff.

137 Siehe zu diesen Elementen der Haftungsbefreiung eingehend M. TH. M. EISENRING (FN 3), 96 ff.

138 Eine Verantwortlichkeit könnte sich indes aus der mangelhaften Überwachung der Tätigkeit des Delegierten ergeben.

139 M. TH. M. EISENRING (FN 3), 198; C. HELBLING (FN 5), 611, mit Hinweisen.

140 M. TH. M. EISENRING (FN 3), 176 f.; gegen die Erstreckung von Art. 52 BVG auf "faktische Organe" etwa MARCO LANTER, Die Verantwortlichkeit von Stiftungsorganen, Die zivilrechtliche Haftung von Organpersonen mit Verwaltungs- und Aufsichtsaufgaben in privatrechtlichen Stiftungen unter Berücksichtigung der Vorschriften des BVG, Zürich 1984, 175 ff., der jedoch einen sehr engen Begriff der faktischen Organshaft verwendet (a.a.O. 173 f.).

141 Urteil des EVG vom 14.5.2002, E. 4a, mit Hinweisen auf die gleichlautende Lehre (B 85/00 und B 89/00, <http://www.bger.ch>, BGE-Publikation vorgesehen).

142 M. TH. M. EISENRING (FN 3), 26 f.; R. MOLO (FN 16), 173 ff.; auch M. TH. M. EISENRING (FN 3), 176, alle mit Hinweisen. Ebenfalls für ein weites Verständnis des persönlichen Geltungsbereichs der Haftung WERNER NUSSBAUM, Verantwortlichkeit in der beruflichen Vorsorge, in HANS SCHMID (Hrsg.), Die berufliche Vorsorge in der Praxis, Grösch 1989, 35.

143 In der Regel nach Auftragsrecht; Art. 398 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 321e OR; J. BRÜHWILER (FN 16), 402 f.

144 Z.B. M. LANTER (FN 140), 50 ff.

145 Oder genauer: die genauen Voraussetzungen der Haftung, vgl. M. TH. M. EISENRING (FN 3), 176 f.

übertragenen Aufgaben ein solches Ausmass erreichen, dass sie als "effektives und massgebendes Teilhaben an Entscheidungen in einem wesentlichen Aufgabenbereich" bezeichnet werden können – wenn also die faktische Organstellung zu bejahen ist –, kommt Art. 52 BVG zur Anwendung. Eine solche Intensität dürfte aber erst dann erreicht werden, wenn ganze Geschäftsbereiche (z.B. die gesamte Umsetzung des Anlagereglements) oder gar die gesamte Geschäftsführung einem externen Dienstleister übertragen worden sind. Auch dann kommt es aber noch auf die Modalitäten der Aufgabenübertragung an, namentlich auf den vorbehaltenen Einfluss des paritätischen Organs und den Grad der selbständigen Entscheidungsbefugnisse des Übernehmers. Die Anwendbarkeit von Art. 52 BVG hat sodann im Wesentlichen zur Folge, dass die Haftung für leichtes Verschulden vertraglich nicht wegbedungen werden kann.<sup>146</sup>

Die Geltendmachung der Haftungsansprüche gegenüber dem Unternehmer obliegt der Leitung der Vorsorgeeinrichtung, namentlich der paritätischen Verwaltung; dies selbst (oder gerade) dann, wenn die gesamte Geschäftsführung einem externen Dienstleister übertragen worden ist.

## V. Exkurs: private oder staatliche Trägerschaft der externen Dienstleister

### 1. Problemstellung

Bislang wurde noch nicht darauf eingegangen, an wen die Aufgaben der Vorsorgeeinrichtungen übertragen werden sollen. Da die korrekte und effiziente Durchführung der beruflichen Vorsorge durchaus auch im öffentlichen Interesse liegt, fragt sich, ob rechtliche Argumente gegen die staatliche Aufgabenübernahme (etwa durch die kantonalen Ausgleichskassen) sprechen würden.

Die Frage ist zunächst aus einer wirtschaftsverfassungsrechtlichen Optik anzugehen (nachfolgend Ziff. 2); bezüglich der allfälligen Aufgabenübernahme durch kantonale Ausgleichskassen oder andere staatliche Träger sind zudem ein paar speziellere Gedanken beizusteuern (nachfolgend Ziff. 3).

### 2. Wirtschaftsverfassungsrechtliche Einbettung<sup>147</sup>

Die schweizerische Wirtschaftsverfassung basiert im Wesentlichen auf der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und Art. 94 BV). Der in Art. 94 Abs. 4 BV ausdrücklich geschützte Wettbewerb ist jedoch nicht in absolutem Sinn (als Koordinations-system), sondern als Wesenselement der Privatwirtschaft gewährleistet.<sup>148</sup> Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 94 Abs. 1 BV bedeutet, dass der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung an die zentralen Elemente des Marktmechanismus gebunden ist und es somit verboten ist, das Spiel von Angebot und Nachfrage und damit des Preismechanismus zu verzerren oder gar auszuschalten.<sup>149</sup> Abweichungen von diesem Grundsatz

bedürfen einer Ermächtigung durch die Verfassung (Art. 94 Abs. 4 BV). Soweit staatliche Massnahmen jedoch grundsatzkonform sind, genügt für die Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit eine *gesetzliche Grundlage, ein öffentliches Interesse sowie die Wahrung der Verhältnismässigkeit*.<sup>150</sup> Aus der Bundesverfassung lässt sich somit die Grundentscheidung zugunsten einer privaten, freiheitlich-marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung ableiten.<sup>151</sup>

Aus dem *Grundsatz der Privatwirtschaft* (bzw. dem Grundsatz der Staatsfreiheit der Wirtschaft)<sup>152</sup> folgt, dass *staatliche Wirtschaftstätigkeit grundsätzlich subsidiär zu privater Wirtschaftstätigkeit* sein soll. Auch wenn sich die Lehre nicht ganz darüber einig ist, ob es sich beim Grundsatz der Privatwirtschaft um ein grundsätzliches Verbot staatlichen Wirtschaftens oder nur um ein wirtschaftspolitisches Leitbild handelt,<sup>153</sup> ist dennoch ein Konsens darüber feststellbar, dass sich das Gemeinwesen unter bestimmten Voraussetzungen wirtschaftlich betätigen darf.<sup>154</sup> Neben den bereits genannten Voraussetzungen der gesetzlichen Grundlage, des öffentlichen Interesses sowie der Verhältnismässigkeit ist dabei auch der *Grundsatz der Wettbewerbsneutralität* zu beachten.<sup>155</sup>

### 3. Grenzen der staatlichen Aufgabenübernahme

#### a. Grenzen der Übernahme durch kantonale Ausgleichskassen

Grundsätzlich können den kantonalen Ausgleichskassen<sup>156</sup> durch den Bund und – mit Genehmigung des Bundesrates – durch die Kantone und die Gründerverbände weitere als die im AHVG vorgesehenen Aufgaben übertragen werden,

146 Vorne Ziff. IV. 1.

147 Vgl. TH. GÄCHTER (FN 86), 134 ff., 135 f.

148 STEFAN VOGEL, *Der Staat als Marktteilnehmer, Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten*, Zürich 2000, 107.

149 Z.B. JÖRG PAUL MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz*, 3. A., Bern 1999, 656; RENÉ A. RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Basel/Frankfurt a.M. 1998, § 4 Rz. 53.

150 Z.B. J. P. MÜLLER (FN 149), 660 f.; differenzierend nach dem grundrechtlichen Gehalt bzw. dem Systemgehalt der Wirtschaftsfreiheit ST. VOGEL (FN 148), 99 ff. und 116 f.

151 Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 294; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. II, Bern 2000, Rz. 611; ST. VOGEL (FN 148), 107.

152 Ausführlich dazu ST. VOGEL (FN 148), 107 ff.

153 Siehe die Hinweise zu dieser Kontroverse bei ST. VOGEL (FN 148), 109 f.

154 Vgl. FN 150.

155 ST. VOGEL (FN 148), 121 ff.

156 Sowie den Verbandsausgleichskassen, auf die sich die Bestimmungen gleichermaßen beziehen.



namentlich solche, die zur Sozialversicherung, der beruflichen und sozialen Vorsorge sowie der beruflichen Aus- und Weiterbildung gehören.<sup>157</sup> Zweifellos gehören die besprochenen Pensionskassenaufgaben grundsätzlich zum Kreis der den Ausgleichskassen übertragbaren Aufgaben. Es fragt sich jedoch, ob die Ausgleichskassen über die nötige Fachkompetenz verfügen, um Aufgaben im Bereich der Vermögensverwaltung zu übernehmen. Dies dürfte zu verneinen sein. Es ist deshalb auch nicht anzunehmen, dass bezüglich der Vermögensverwaltung von einem Kanton oder einem Gründerverband eine entsprechende Aufgabenübertragung an die Ausgleichskassen beantragt wird.

Keine Hindernisse stünden aus der Perspektive von Art. 63 Abs. 4 AHVG jedoch der Übertragung anderer Aufgaben der Vorsorgeeinrichtungen an die Ausgleichskassen entgegen (Beitragsbezug, Abrechnung, Berechnung und Ausrichtung von Leistungen etc.).

Wie würde sich aber die Übernahme der letztgenannten Aufgaben in das wirtschaftsverfassungsrechtliche Umfeld einordnen? Nach dem Grundsatz der Privatwirtschaft sind staatliche Einrichtungen lediglich subsidiär zur Aufgabenerfüllung beizuziehen, die auch von privaten Dienstleistern angeboten werden. Erst in Situationen, in denen die privaten Angebote gewissen Anforderungen nicht mehr zu genügen vermögen, sollte die staatliche Aufgabenübernahme eingreifen.<sup>158</sup> Soweit sich indes in Grenzbereichen private Angebote und solche des Staates konkurrenzieren, müssen die staatlich angebotenen Leistungen wettbewerbsneutral sein, d.h. sie dürfen etwa bezüglich der Dienstleistungskosten die privaten Anbieter nicht in wettbewerbsverzerrender Weise unterbieten.<sup>159</sup>

Im Ergebnis wäre demnach von einer Übertragung der Aufgaben an die Ausgleichskassen abzusehen, so lange befriedigende private Dienstleistungen angeboten werden.

## b. Übernahme durch andere staatliche Träger

Die zu den Ausgleichskassen angeführte Argumentation kann sinngemäss auch auf andere, bereits bestehende oder noch zu schaffende staatliche Träger der entsprechenden Dienstleistungen übertragen werden. Nur in Fällen, in denen keine ausreichenden privaten Dienstleistungsangebote zur Verfügung stehen und ein öffentliches Interesse an der Übernahme der entsprechenden Aufgaben ausgewiesen erscheint, kann – auf gesetzlicher Grundlage und unter Wahrung der Verhältnismässigkeit – eine staatliche Stelle mit der (stellvertretenden) Erfüllung von Aufgaben der Vorsorgeeinrichtungen betraut werden.

## VI. Zusammenfassung und Ausblick

### 1. Genügt der geltende rechtliche Rahmen?

Die Frage, ob der heute geltende rechtliche Rahmen den Anforderungen der Praxis noch genügt, beantwortet sich je nach Perspektive anders:

- Aus einer gewissen Distanz betrachtet scheint das rechtliche Korsett, in welches innovative Lösungen in der beruflichen Vorsorge eingepasst werden müssen, als ausreichend oder sogar bequem. Die wenigen organisatorischen Leitlinien, die sich dem Berufsvorsorgerecht entnehmen lassen, gewähren ausreichend Raum für individualisierte Lösungen.
- Stellt man sich dagegen auf den Standpunkt, dass grundsätzlich jede Auslagerung einer Aufgabe an einen externen Dienstleister eine latente Gefahr für die materielle Durchsetzung der paritätischen Mitbestimmung der Arbeitnehmenden darstellt, so werden einige Problembereiche offenbar. Es besteht namentlich die Gefahr, dass das paritätische Führungsorgan der Vorsorgeeinrichtung vermehrt vor vollendete Tatsachen gestellt wird, wenn ein mit dem nötigen Expertenwissen ausgestatteter externer Dienstleister stets fertige Lösungen vorlegt, die inhaltlich kaum mehr verändert werden können. Auf diesen Einwand lässt sich zwar entgegnen, dass es im Rahmen der flexiblen Gestaltungsmöglichkeit der Beziehungen zwischen Vorsorgeeinrichtung und Dienstleister auch möglich ist, einen angemessenen Einfluss sicher zu stellen; so etwa mit dem Genehmigungsvorbehalt für bestimmte, allenfalls genau zu umreisende Regelungsbereiche oder der Formulierung klarer inhaltlicher Arbeitsvorgaben für den Dienstleister.<sup>160</sup> Es fragt sich jedoch, ob der heute geltende Schutz der Parität, insbesondere der recht anspruchsvolle Weg der rechtlichen Durchsetzung der Parität,<sup>161</sup> ihren allfälligen Unterhöhungen standzuhalten vermag.<sup>162</sup>
- Vom Standpunkt einer möglichst professionellen Pensionskassenverwaltung kann auf der anderen Seite bemängelt werden, dass der gesetzlich vorgesehene Einfluss eines paritätischen Gremiums, das höchstens zufällig aus Experten zusammengesetzt ist, in dieser zwingenden Form zu gross ist. Aus derselben Perspektive könnte auch das organisatorische Grundprinzip in Frage gestellt werden, dass private Vorsorgeeinrichtungen nur in der Form einer Stiftung oder einer Genossenschaft organi-

<sup>157</sup> Art. 63 Abs. 4 AHVG in Verbindung mit Art. 130 Abs. 1 AHVV; eingehend dazu TH. GÄCHTER (FN 86), 94 ff.

<sup>158</sup> So sieht etwa Art. 88 BVG vor, dass der Bundesrat im Bereich der Landwirtschaft den kantonalen Ausgleichskassen die Erhebung der Beiträge sowie weitere Aufgaben im Rahmen der beruflichen Vorsorge gegen Entschädigung übertragen kann.

<sup>159</sup> Vgl. ST. VOGEL (FN 148), 241 ff.

<sup>160</sup> Vgl. vorne Ziff. III. 1 b und 2 b.

<sup>161</sup> D.h. die für einen Laien nicht auf den ersten Anblick verständlichen Durchsetzungsmöglichkeiten.

<sup>162</sup> Siehe den Überblick bei KARIN SOMMA, Welche Lösungsansätze gibt die Rechtspflege zum Thema Parität?, SPV 3/1998, 207–210; eingehend zum Rechtsweg gemäss Art. 74 BVG ULRICH MEYER-BLASER, Die Rechtswege nach dem Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG), ZSR 1987 I, 601 ff., 617 ff., 633.

siert sein dürfen und damit – bei einer Aufgabenauslagerung – stets noch zusätzliche Gremien zwischengeschaltet werden, die einer effizienten Verwaltung der Pensionskassen durch darauf spezialisierte Dienstleister im Weg stehen.<sup>163</sup>

Insgesamt sind also verschiedene Problembereiche denkbar, in denen ein legislatorischer Handlungsbedarf ausgemacht werden könnte, ohne dass sich zur befriedigenden Auslagerung von Pensionskassenaufgaben Änderungen des geltenden Regimes zwingend aufdrängen.

Es darf bei dieser Würdigung aber nicht unerwähnt bleiben, dass sich die in dieser Abhandlung beschriebene geltende Rechtslage nur bedingt mit der berufsvorsorgerechtlichen Praxis deckt. Insbesondere dem theoretisch äusserst wichtigen Grundsatz der paritätische Verwaltung der Vorsorgeeinrichtungen wird sowohl bei Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen als auch bei selbständigen, an einen einzigen Arbeitgeber gebundenen Vorsorgeeinrichtungen nur sehr beschränkt nachgelebt.

## 2. Denkbare Verbesserungen (Ausblick)

Freilich muss es dem politischen Entscheidungsprozess überlassen bleiben, wie Pensionskassen künftig organisiert sein sollen und in welcher Weise das bisherige System allenfalls flexibilisiert werden kann. Geht man jedoch von einer Zunahme der Auslagerung von Pensionskassenaufgaben an externe Dienstleister aus, so besteht mittel- und langfristig in einigen Bereichen ein Handlungsbedarf:

- Bereits auf Gesetzes- oder Verordnungsebene wäre eine adäquate Lösung dafür zu treffen, in welcher Weise auch bei einer Übertragung von Pensionskassenaufgaben der *Parität* am besten genügt werden kann. Namentlich wäre es nicht nur der aufsichtsrechtlichen Praxis zu überlassen, die Einhaltung der Parität zu überwachen.<sup>164</sup>
- Mit dem ersten Gedanken verbunden wäre auch eine effizientere Ausgestaltung der Durchsetzung der Parität. Die heutigen *Rechtswege* sind insgesamt zu verschlungen, um die Interessen der Arbeitnehmer effizient zu schützen.<sup>165</sup>
- Auch wenn ein wesentlicher Teil der Pensionskassenaufgaben einem externen Dienstleister übertragen wird, verbleibt die Verantwortung für die massgeblichen Führungsentscheide beim paritätischen Organ. Dementsprechend ist auch bei der Auslagerung von Pensionskassenaufgaben ein fundiertes Fachwissen der Mitglieder des obersten Organs erforderlich. Nur auf einer guten fachlichen Grundlage kann die Geschäftsführung des externen Dienstleisters angemessen überwacht werden. Die im Rahmen der 1. BVG-Revision vom Nationalrat beschlossenen Massnahmen zur *Aus- und Weiterbildung der Arbeitnehmervertreter* (sowie der Arbeitgebervertreter) zielen in dieser Hinsicht in die richtige Richtung.<sup>166</sup>
- Ein optimaler Informationsaustausch zwischen externen Dienstleistern und der paritätischen Verwaltung kann zwar bereits vertraglich vereinbart und abgesichert werden. Sollte der Gesetzgeber jedoch Regeln für die Übertragung von Pensionskassenaufgaben aufstellen wollen,

so wären die notwendigen *Informations- und Transparenzpflichten* der Dienstleister gegenüber den Vorsorgeeinrichtungen vorzusehen.

- Art. 52 BVG wurde in der Praxis bislang sehr selten angerufen. Allein aufgrund des heute geltenden Wortlauts dieser Bestimmung lässt sich deshalb nur sehr schwer abschätzen, ob und wann ein externer Dienstleister dieser verschärften Haftung unterliegt.<sup>167</sup> Soweit die unterschiedlichen Konstellationen, die sich bei der Auslagerung von Pensionskassenaufgaben ergeben, überhaupt in einer griffigen Haftungsnorm eingefangen werden können, würde eine solche Norm den Dienstleistern und Vorsorgeeinrichtungen die Einschätzung der Haftungslage erleichtern.<sup>168</sup>

163 Vgl. etwa die nationalrätliche Motion HOCHREUTENER (98.3013/ Vorsorgeeinrichtungen. Spezielle Rechtsnorm) vom 21.1. 1998. Siehe auch die bereits zitierte Motion der SGK-N (FN 50).

164 Denkbar wäre etwa, die Prüfungspflicht der Kontrollstelle explizit (also etwa in Art. 35 Abs. 2 BVV 2) auf die Einhaltung der paritätischen Verwaltung auszuweiten.

165 Vgl. vorne FN 162.

166 Vorne FN 55 ff.

167 Vgl. vorne Ziff. IV. 3.

168 Sinngemäss ebenfalls für die Klärung der Verantwortlichkeiten im Verhältnis Sammelstiftung-Vorsorgewerk auch die bereits erwähnte Motion der SGK-N (FN 50).

L'externalisation (outsourcing) de tâches représente surtout pour des petites et moyennes institutions de prévoyance une augmentation du professionnalisme de leurs prestations de service et, le cas échéant, une diminution des coûts.

Du point de vue juridique, la plus importante limite de l'externalisation réside dans le principe de la gestion paritaire des institutions de prévoyance. Surtout dans la gestion de fortune, il n'est pas facile de faire la différence entre les devoirs stratégiques d'une gestion paritaire – lesquels ne sont pas transmissibles – et la gestion quotidienne. Les autres champs d'activité des caisses de pensions créent moins de problèmes du fait qu'un service de prestation externe est tenu d'observer scrupuleusement le règlement édicté par l'administration paritaire de la caisse.

Les conditions de la responsabilité de l'entreprise externe de prestation de services sous l'angle de l'art. 52 LPP ne sont pas encore clarifiées. Il semble que l'entreprise externe chargée d'un grand champ d'activité originellement attribué à la caisse de pension peut être considérée comme organe factice.

Le principe de l'économie privée tirée de la liberté économique suggère un transfert de prestations à des organes étatiques (surtout aux caisses de compensation) au cas où les offres privées ne sont pas suffisantes.

Dans une large mesure, l'externalisation de tâches des caisses de pension est admise par le droit actuel. Sur le plan de la législation, on peut prévoir une protection accrue de la parité, des devoirs d'information du prestataire de services envers l'institution de prévoyance et une clarification de la responsabilité.

(trad. Flurin von Planta)